UNIVERSITY
OF
TORONTO
LIBRARY

Rare
Law
R 933u

UNIVERSITY OF TORONTO

Law
Rom
S267
.Yr

Ueber Savigny's Lehre

von der

Stellvertretung.

(Oblig. B. 2. §. 54—61.)

Von

E. Ruhstrat.

30823
30/11/43

Oldenburg, 1854.

Schnellpressendruck und Verlag der Schulzeschen Buchhandlung.

(W. Berndt.)

Rom
Law
R933u

Savigny gelangt in seiner Lehre von der Stellvertretung für das justinianische Recht im Wesentlichen zu folgenden Resultaten, die noch jetzt gültig sein sollen:

„Wenn ich mit Hülfe eines Stellvertreters einen Vertrag abschließen will, so kann dies

1. in der Art geschehen, daß der Stellvertreter in meinem Namen auftritt, unterhandelt und abschließt. Hier ist kein Grund, die Rechte und Verpflichtungen des Vertrags auf den Vertreter zu beziehen, oder auch nur durch seine Person hindurchgehen zu lassen. Der Vertretene ist der eigentliche wahre Contrahent, weshalb die Folgen des Vertrags ihn unmittelbar treffen (S. 61, 71). So wird es sich fast immer verhalten bei der Stellvertretung für ein einzelnes Rechtsgeschäft.
2. Ich kann mit Hülfe eines Stellvertreters aber auch in der Art contrahiren, daß der Vertreter in eigenem Namen, nicht als Vertreter handeln soll, so daß nach unserer Ansicht erst die späteren Folgen des Vertrags auf mich übergehen sollen. Hier entstehen gegenseitige

Klagen nur zwischen dem Dritten und dem Mandatar, nicht zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn, weil der Dritte gar nicht an diesen dachte. Dennoch können auch in diesem Falle indirecte Klagen zwischen dem Dritten und dem Principal entstehen. Der Dritte klagt mit einer utilis actio nach Analogie der institorischen Klage. Der Grund liegt darin, daß er mit seiner Contractsklage den Stellvertreter zwingen könnte, ihm seine Regreßklage gegen den Geschäftsherrn zu cediren (S. 62, 71).

Die actio de in rem verso bezog sich nur auf die Fälle der Vertretung durch abhängige Personen. Eine Ausdehnung auf die Stellvertretung durch unabhängige Personen ist nicht erfolgt, denn sie war nicht nöthig (S. 32). Heutzutage ist dies Rechtsmittel ganz unanwendbar.

Mit unbestimmten Personen kann auf keine Weise contrahirt werden."

Diese Lehre ist nach meiner Ueberzeugung in wesentlichen Punkten zu verwerfen, und zwar sowohl vom Standpunkt des justinianischen, als von dem des heutigen Rechts aus. Der Versuch einer Widerlegung derselben, welchen die folgenden Zeilen in kurzen Zügen enthalten, hat seinen Zweck erreicht, wenn er zu weiterer sorgsamer Prüfung anregt. Wenn Savigny's Lehre nur nicht auf die gewichtige Autorität ihres Urhebers hin, ohne gründliche Prüfung, zur Anwendung gebracht wird, so ist für die Praxis schon viel gewonnen.

Ich wende mich zunächst zu dem Stellvertretungswesen der früheren Periode des römischen Rechts.

Ursprünglich konnten Hausväter durch die von ihren Hauskindern und Sclaven geschlossenen Verträge selbst mit ihrem Willen nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt werden. Unabhängige Vertreter in obligatorischen Verträgen konnten den Geschäftsherrn selbst mit dessen Willen weder zum Gläubiger, noch zum Schuldner machen.

Mit diesen bekannten und unbestrittenen Grundsätzen war, wie Savigny S. 23 anerkennt, nicht mehr auszukommen, als der Verkehr lebendiger und mannigfaltiger wurde. Das Bedürfniß rief zahlreiche Umbildungen hervor, die Savigny auf zwei Classen zurückführt. Er sagt:

I. neben den Grundsatz sei eine Anzahl reiner Ausnahmen gestellt,

II. der Grundsatz sei in sich selbst umgebildet, indem er auf eine gewisse Art von Verträgen beschränkt, auf Verträge anderer Art nicht mehr angewandt sei.

Betrachten wir zunächst, wie Savigny

I. Die Ausnahmen

darstellt, von denen uns hier insbesondere die interessiren, welche durch die prätorischen Rechtsmittel: actio quod jussu, exercitoria, institoria, quasi institoria und de in rem verso bewirkt wurden.

Als gemeinsame Bedingung der vier ersten Klagen verlangt Savigny nur: daß der angestellte Vertreter innerhalb

der Gränzen seiner Vollmacht mit einem Dritten contrahirt habe. So oft dies geschehen, soll der dritte Contrahent aus dem Vertrage, welchen er mit dem Vertreter abgeschlossen, auch gegen den Geschäftsherrn klagen können, und zwar mit einer der vier genannten actiones adjectitiae qualitatis. Dabei scheint Savigny anzuerkennen, daß diese Klagen in ihrer Existenz und in ihren Wirkungen nicht davon abhängig sind, ob dem Vertreter eine Regreßklage gegen den Geschäftsherrn begründet ist, oder begründet sein würde, wenn der Vertreter nicht des letzteren Hauskind oder Sclave wäre. Denn er sagt: der dritte Contrahent brauche die Zweckmäßigkeit des Vertrags, sowie die redliche Verwendung nicht zu prüfen, um sich die actio exercitoria oder institoria zu begründen, woraus von selbst folgt, daß diese Klagen begründet sein können, ohne daß der Vertreter eine Regreßklage gegen den Geschäftsherrn hat [1]). Dies ist auch gewiß über jeden Zweifel erhaben, da es in l. 1. §. 9. D. de exercit. actione (14. 1.) heißt:

> Si hac lege accepit (magister) quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem.

---

1) Daß in Betreff der actio quasi institoria, die nach Analogie der institoria eingeführt ist, dasselbe gilt, braucht wohl nicht erst bewiesen zu werden. Savigny scheint dies auch durch seine Bemerkungen auf S. 62, 63, 71 anzuerkennen.

Denn daß ein Schiffsführer, welcher zum Besten des Schiffs Geld aufgenommen hat, ohne dasselbe für das Schiff zu verwenden, keine Regreßklage gegen den Rheder erheben kann, ist gewiß. Soll dem Dritten hier desungeachtet die exercitoria gegen den Rheder zustehen, so kann diese Klage nicht von der Existenz oder Wirksamkeit der actio mandati des Schiffsführers abhängig sein.

Was nun die Gründe betrifft, aus welchen diese vier Klagen eingeführt und denselben eine so unbeschränkte Wirksamkeit beigelegt worden, so erfahren wir darüber von Savigny Folgendes. Im Allgemeinen sagt er, das Bedürfniß des Verkehrs habe die Klagen hervorgerufen. Bei Gelegenheit der actio quod jussu bemerkt er:

„Es mußte als unnatürlich erkannt werden, daß jeder Hausvater durch die Verträge seiner Kinder selbst ohne seinen Willen Forderungen unbedingt erwerben konnte, während er durch sie zum Schuldner selbst mit seinem Willen nicht gemacht werden sollte. Dieser letzte Satz wurde durch die actio quod jussu unmittelbar beseitigt. Aus jedem Vertrage des Sohnes sollte der Vater als Schuldner verklagt werden können, wenn er zu erkennen gab, daß der Vertrag aus seinem Willen hervorgehe."

In Betreff der actio quasi institoria erklärt er (S. 62):

„Der Dritte klagt gegen mich (den Principal) mit einer actio utilis nach Analogie der institorischen Klage; der Grund liegt darin, daß er mit seiner Con-

tractsklage den Stellvertreter hätte zwingen können, ihm seine Regreßklage gegen mich zu cediren.

Dieser Grund soll nach Savigny's Ansicht gewiß auch für die durch unabhängige Vertreter begründete actio institoria und exercitoria gelten (vergl. Sav. a. a. O. S. 25). Derselbe ist aber sicher falsch und seine Anführung läßt erkennen, daß Savigny um einen Grund verlegen war, indem der rechte Grund, auf den ich gleich kommen werde, zu seinen weiteren Ausführungen nicht paßte. Wenn, wie schon gezeigt wurde, die actio exercitoria, institoria und quasi institoria des Dritten in Ansehung ihrer Wirkungen und der Bedingungen ihrer Entstehung von der Regreßklage des Vertreters gänzlich abweichend sind und in keiner Weise von der Existenz und Wirksamkeit dieser Klagen abhängen, so ist es auch unmöglich, den Grund ihrer Einführung in dem Umstande zu finden, daß der Vertreter unter gewissen Voraussetzungen eine Regreßklage gegen den Principal hatte, welche er dem Dritten cediren konnte oder mußte. Fand die actio institoria etc. statt in Fällen, wo der Mandatar keine actio mandati hatte, so ist es gewiß, daß ihr Grund nicht in der angeblichen Befugniß des Dritten lag, sich die (nicht existirende) Mandatsklage abtreten zu lassen. Die Verpflichtung des Vertreters zur Cession der Mandatsklage fand aber auch nur unter einer gewissen Voraussetzung statt. Die Contractsklage des Dritten gegen den Vertreter, mit welcher diese Cession erzwingbar gewesen sein soll, stand in gar keiner rechtlichen Verbindung mit der actio mandati

des Vertreters. Nur eine besondere auf die fragliche Cession gerichtete Vereinbarung konnte den Dritten berechtigen, die Cession zu verlangen [1]). Wenn der Dritte, in Folge der Contractsklage, ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Vertreter erwirkt hatte, konnte er allerdings im Wege der Execution sich ebenso an jene actio mandati halten, wie an jedes andere Vermögensobject des Vertreters. Die nämliche Befugniß stand aber jedem sonstigen Gläubiger des Mandatars zu. Wie Savigny von einem besondern Recht des dritten Contrahenten auf Abtretung der actio mandati reden kann, ist danach nicht einzusehen. Einen Grund oder ein Gesetz hat er für diese Meinung nicht angeführt.

Was ferner die bei Gelegenheit der actio quod jussu von Savigny gemachten Bemerkungen betrifft, so beweisen dieselben nur, daß die Möglichkeit einer Verpflichtung des Hausvaters durch die Verträge seiner Untergebenen anerkannt werden mußte [2]). Ueber die unbeschränkte Wirksamkeit der actio quod jussu geben sie keinen Aufschluß.

---

1) Die actio institoria, exercitoria und quasi institoria finden nach Savigny auch dann statt, wenn der Dritte beim Contracts-Abschluß gar nicht gewußt hat, daß sein Mitcontrahent von einem Anderen bevollmächtigt sei. Wenn der Dritte, ohne dies zu wissen, etwas an den Mandatar verkauft hat, welche rechtliche Verbindung besteht dann zwischen seiner actio emti gegen den Mandatar und der Regreßklage des letzteren? Wie kann der für den Dritten höchst zufällige Umstand, daß sein Mitcontrahent zu einem Anderen in einem Mandats-Verhältniß steht, den Dritten berechtigen, mit seiner actio emti auf Cession der Mandatsklage zu dringen?

2) Die Behauptung Savigny's S. 30, daß die actio quod jussu

Es bleibt also nur der allgemeine Grund übrig, welcher darin besteht, daß das Bedürfniß des Verkehrs die Einführung der Klagen hervorgerufen hat. Bringt man damit die ausgemachte Wahrheit in Verbindung, daß der Prätor, als Organ der römischen Gesetzgebung, sich nur zögernd und dringenden Bedürfnissen nachgebend, von den Grundsätzen des alten Rechts zu entfernen pflegte, so wird auch der nähere Grund einleuchten, aus welchem den genannten Klagen unbeschränkte Wirksamkeit verliehen wurde. Damit wird sich zugleich ergeben, daß die Bedingungen dieser Klagen von Savigny ungenügend angegeben sind. Wenn jeder Dritte sich mit jedem abhängigen oder unabhängigen Vertreter in Vertragsverhältnisse eingelassen hätte, ohne zu wissen, ob derselbe für sich oder für einen Anderen contrahire und ohne sich überhaupt nach den Verhältnissen desselben näher zu erkundigen, so würde man in der That niemals empfunden haben, daß der Verkehr durch die alten Grundsätze gehemmt werde. Der Prätor hätte dann zunächst auf keinen anderen Gedanken kommen können, als auf den, die unbillige Bereicherung der Hausväter durch die von ihren Untergebenen geschlossenen Verträge angemessen auszugleichen. Zur Hebung des in keiner Weise gehemmten Verkehrs hätte er nichts zu verordnen brauchen. Der Prätor hatte also gar keine Veranlas-

---

sich stets auf ein einzelnes Rechtsgeschäft beziehe, wovon der Hausvater ein bestimmtes Bewußtsein haben könne und müsse, steht mit l. 1. §. 1. D. quod jussu (15. 4.) verb. *sive generaliter*, offenbar in Widerspruch.

sung, den Dritten, welche mit dem Vertreter contrahirten, ohne in Erfahrung gebracht zu haben, daß derselbe Vertreter sei und als solcher handle, ein unbeschränktes Rechtsmittel gegen den Principal einzuräumen. Das Bedürfniß des Verkehrs nöthigte ihn dazu nicht, und die Anforderung der Billigkeit eben so wenig. Denn für den dritten Contrahenten, der gar nicht wußte, daß sein Mitcontrahent im Auftrag eines Anderen handele, wäre es ja ein ganz unberechneter Glückszufall gewesen, wenn er neben diesem Mitcontrahenten noch einen zweiten solidarischen Schuldner vorgefunden hätte. Eine solche ganz unnöthige, durch nichts motivirte, Begünstigung des dritten Contrahenten kann der römischen Gesetzgebung nicht zugetraut werden [1]). — Der Verkehr wurde durch die alten Grundsätze aber insofern gehemmt, als dritte Personen, die mit den Vertretern nicht contrahiren wollten, weil dieselben kein Vermögen hatten, oder als abhängige Personen nicht haben konnten, dies bereitwillig gethan hätten, wenn sie damit gegen den Geschäftsherrn selbst einen ausreichenden Entschädigungsanspruch hätten erwerben können. Um diesem Uebelstande zu begeg-

---

1) Es paßt hier ganz der Grund, welchen Savigny selbst S. 76 für eine andere Regel mit folgenden Worten anführt: „Daß die Obligationen überhaupt als Beschränkungen der natürlichen Freiheit nur insoweit einen Rechtsschutz erhalten, als das Bedürfniß des Verkehrs denselben nothwendig erfordert." Dies Bedürfniß führte aber in dem hier fraglichen Falle nur auf ein Rechtsmittel gegen den Stellvertreter.

nen, war indeß die Bestimmung völlig ausreichend, daß jeder Dritte, welcher in Rücksicht auf den Principal mit dessen Mandatar contrahiren werde, eine eben so unbeschränkte Klage gegen den Principal wie gegen den Mitcontrahenten haben solle. Für diesen Fall erheischte auch die Billigkeit ein unbeschränktes Rechtsmittel des Dritten, denn wer im Vertrauen auf den erklärten Willen des Principals mit dessen Vertreter contrahirt hatte, dem mogte ein solches Rechtsmittel wohl begleichen. — Aber nicht bloß die auf Förderung des Verkehrs gerichtete Gesetzgebungspolitik und die Rücksichten der Billigkeit führen auf dies Resultat, sondern auch ein innerer juristischer Grund. Wenn einerseits der Vertreter mit dem Willen des Mandanten und andererseits der Dritte mit Rücksicht auf eben diesen Willen einen Vertrag geschlossen hatte, so lag in der That eine wirkliche Uebereinstimmung des Principals und des Dritten vor, indem ja beide den Vertrag gewollt hatten. Nach der Natur der Sache hätte nichts entgegen gestanden, aus diesem Consens ein unmittelbares contractliches Verhältniß zwischen beiden herzuleiten, und vielleicht würde dies geschehen sein, wenn nicht damit die alten Grundsätze ganz über den Haufen geworfen wären. Um dies zu vermeiden, schlug man einen indirecten Weg ein, indem man den Vertreter als eigentlichen Contrahenten festhielt, und dem Dritten nur die gegen letzteren begründete Klage auch gegen den Principal unbeschränkt einräumte. Wo jene Uebereinstimmung des Dritten und des Principals nicht vorhanden war, da lag zur Einführung einer unbe-

schränkten Klage des Dritten eine derartige Veranlassung nicht vor [1]). — Die unbeschränkten Rechtsmittel wurden also nur da gegeben, wo der Vertreter dem Dritten gegenüber als solcher aufgetreten, und mit Rücksicht auf den Willen des Principals contrahirt war. Hätte man zu irgend einer Zeit der Römer die directe Stellvertretung zugelassen, also anerkannt, daß der Vertreter durch Verträge mit Dritten den Principal berechtigen und verpflichten könne, ohne sich selbst dem Dritten zu obligiren, so wären die hier fraglichen Rechtsmittel damit unmittelbar beseitigt worden. Denn wenn nach Anerkennung dieses Grundsatzes der Vertreter in eignem Namen contrahirt, dabei aber dem Dritten erklärt hätte, daß er als Vertreter und nicht für eigne Rechnung handle, und darauf in beiderseitiger Berücksichtigung dieser Qualität contrahirt worden wäre, so würde jedesmal unter dem Namen des Mandatars die Person des Principals zu verstehen gewesen sein. Denn nach ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft der Contrahenten, wäre bei dem Namen des Mandatars jedesmal hinzuzudenken gewesen: in der Qualität als directer Vertreter des Principals. Ich

---

1) Dieser Gesichtspunkt der gleichsam contractlichen Uebereinstimmung des Dritten und des Principals führt auch auf die richtige Bedeutung des **fidem domini sequi.** Der Vertreter mußte wirklich als solcher aufgetreten sein, damit jene Uebereinstimmung angenommen werden konnte. Es mußten daher der Vertreter und der Dritte darin einig sein, daß jener als solcher handle. Thöl, Handelsrecht §. 27. Note 16.

finde deshalb in dem Umstande, daß noch Justinian die actio exercitoria, institoria, quasi institoria und quod jussu als practische Rechtsmittel anerkennt, und zwar nicht bloß da, wo vom Stellvertreter stipulirt worden [1]), den vollständigsten Beweis dafür, daß die Zulässigkeit einer directen Vertretung von den Römern niemals anerkannt ist.

Es ist danach eine sehr wichtige Frage, ob die unbeschränkten Klagen, von denen bisher die Rede war, wirklich nur da gegeben sind, wo der Mandatar dem Dritten gegenüber in dieser seiner Eigenschaft aufgetreten, wo also m. a. W. mit Rücksicht auf den Principal contrahirt worden war. Der Beweis dieses Satzes, welcher in der obigen Entwickelung schon enthalten sein dürfte, wird verstärkt durch verschiedene Aussprüche der Quellen, nach welchen diese Klagen gegeben sind, wenn der Dritte sein Vertrauen nicht sowohl auf den Vertreter als auf den Principal gesetzt hatte [2]).

Eine entscheidende Anerkennung des Grundsatzes ist enthalten in l. 1. §. 9. D. de exercit. act. 14. 1. und in l. 7. pr. eod. Ich glaube mich aber in dieser Hinsicht lediglich auf die gründlichen Ausführungen von Thöl [3]) und Buchka [4]) beziehen zu können, um so mehr als Savigny

---

1) Daß nämlich Stipulationen nicht direct durch Vertreter geschlossen werden konnten, erkennt auch Savigny an.

2) Gaj. inst. 4. 70. §. 1. J. quod cum eo (4. 7.).

3) Handelsrecht Ausg. 2. §. 29.

4) Stellvertretung S. 34, 35, 40 ff.

sich darauf beschränkt hat, diese Ausführungen zu ignoriren, womit die Sache nicht abgethan sein dürfte [1]).

Endlich ist hier noch von der actio de in rem verso zu handeln.

In Folge der alten Grundsätze wurde der Hausvater durch alle Verträge seiner Untergebenen auf Kosten der dritten Contrahenten unmittelbar bereichert. Diese Bereicherung war nur Folge des Gewaltverhältnisses. Wo ein unabhängiger Vertreter handelte, entstand sie nicht, weil dieser gegen den Principal die actio mandati oder neg. gestorum erwarb. Um diese Unbilligkeit zu beseitigen, gab der Prätor den dritten Contrahenten aus den mit abhängigen Vertretern geschlossenen Verträgen eine Klage gegen den Hausvater auf so viel, als jene Bereicherung durch das Gewaltverhältniß betrug, also genau auf dasjenige, was der Vertreter mit der actio mandati oder neg. gestorum fordern könnte, wenn er während der Vertretung unabhängig gewesen wäre [2]). Er gab der so beschränkten Contractsklage den Beinamen de in rem verso. Daß dieselbe nicht geradezu auf Verhältnisse anwendbar war, in welchen ein unabhängiger Ver-

---

1) Auch auf die condictio des §. 8. Inst. quod cum eo (4., 7.) kann hier hingewiesen werden. Vergl. Buchka a. a. O., Oldenburg. Archiv Bd. 1. S. 55 ff.

2) Vergl. meinen Aufsatz im Oldenb. Archiv für Rechtspraxis Bd. 1. S. 25 ff. Die von Savigny a. a. O. S. 32 Note aa. angeführte Dissertation von Keller (ad l. 32. de peculio) habe ich bis jetzt nicht zu erlangen gewußt.

treter gehandelt hatte, ist gewiß, da hier, wie schon bemerkt wurde, einerseits der den Regreßklagen des Vertreters ausgesetzte Principal nicht in der oben bezeichneten Weise bereichert erschien, andererseits der Dritte die hier nicht immer wirkungslose Contractsklage gegen den Vertreter hatte, mit welcher er das Vermögen des letzteren und deshalb auch die zu diesem Vermögen gehörende Regreßklage des Vertreters gegen den Principal in Anspruch nehmen konnte. Daß er aber nicht geradezu auf Cession dieses letztgedachten Rechtsmittels gegen den Vertreter klagen konnte, ist unzweifelhaft. Er mußte zunächst im Wege der Contractsklage ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Vertreter erwirken, worauf er dann in der Executionsinstanz allerdings auch die Abtretung jener Regreßklage in Anspruch nehmen konnte.

Der römischen Gesetzgebung konnte es nun sehr wohl angemessen erscheinen, unter Beseitigung dieses leicht mit Weiterungen verbundenen Umweges, dem Dritten geradezu gegen den Principal ein Rechtsmittel einzuräumen, sofern des letzteren Interesse dadurch nicht benachtheiligt wurde. Wenn man hier die actio de in rem verso utiliter für anwendbar erklärte, so erlitt der Principal dadurch in der That nicht den geringsten Nachtheil. Denn durch gerichtliche Geltendmachung dieses Rechtsmittels wurde die Klage des Dritten gegen den Vertreter consumirt, und damit war zugleich entschieden, daß nun von einer actio mandati oder neg. gestorum des Vertreters nicht mehr die Rede sein konnte, indem diese Klagen dadurch bedingt waren, daß

der Vertreter einer Klage des Dritten ausgesetzt war [1]). Wenn also die römische Gesetzgebung die actio de in rem verso auf den hier fraglichen Fall ausdehnte, so übertrug sie damit dem Dritten auf die angemessenste Weise des Vertreters Regreßklagen. Man könnte glauben, daß es dem Prätor näher gelegen hätte, die actio mandati oder neg. gestorum des Vertreters als actio mandati etc. utilis auf den Dritten zu übertragen. Allein dieser Weg konnte nicht eingeschlagen werden, weil des Dritten Berechtigung gegen den Principal zunächst immer davon abhing, daß er einen wirksamen Contract mit dem Vertreter abgeschlossen hatte. Es mußte daher angemessen erscheinen, dem Dritten auch hier keine andere Klage einzuräumen, als die aus dem Contracte mit dem Vertreter entspringende, welche aber auch hier auf den Betrag zu beschränken war, welchen der Vertreter mit seiner Regreßklage einfordern könnte. — Eine solche Ausdehnung der actio de in rem verso war offenbar noch viel weniger bedenklich, als die ursprüngliche Einführung derselben, denn während durch letztere wenigstens die Lage des Hausvaters ungünstiger wurde, als sie es nach Civilrecht war, brachte die Ausdehnung nur einen Vortheil für den Dritten mit sich, ohne irgend Jemand zu benachtheiligen.

---

1) Der andere Fall dieser Regreßklagen, wo der Vertreter den Dritten befriedigt hatte, kommt hier nicht in Betracht, denn war der Dritte vom Vertreter befriedigt, so hatte er gegen den Geschäftsherrn keinen Anspruch mehr zu machen.

Unter diesen Umständen würde es in der That auffallend sein, wenn die actio de in rem verso die hier behauptete Ausdehnung nicht erfahren hätte. Deshalb wird dieselbe denn auch gewiß genügend bewiesen durch l. 7. §. 1. Cod. quod cum eo (4. 26), l. 13. Cod. si certum petatur (4. 2.), l. 31. pr. D. de neg. gestis (3. 5.) [1]).

Unbegreiflich ist es, wie Savigny diese Ausdehnung mit der Bemerkung abzuweisen vermag, daß eine derartige Ergänzung des practischen Rechts nicht nöthig gewesen sei, weil der Dritte sich die Regreßklage des Vertreters habe cediren lassen können. Es ist zu bekannt, als daß es noch erst bewiesen zu werden brauchte, daß die römische Gesetzgebung häufig allein um Cessionen unnöthig zu machen utiles actiones gegeben hat. Savigny war aber zu jener auffallenden Behauptung genöthigt, um nicht mit seiner actio quasi institoria ins Gedränge zu kommen, welche nach seiner Ausführung (S. 62) da zulässig ist, wo ein Dritter mit einem Mandatar contrahirt hat, ohne dessen Eigenschaft als Mandatar zu kennen. Für diesen Fall hat aber der Dritte noch heutzutage keine andere Klage direct gegen den Principal als die actio de in rem verso utilis, welche daher auch höchst practisch und gar nicht zu entbehren ist [2]).

---

1) Vergl. Oldenb. Archiv B. 1. S. 50 ff.

2) Savigny ist S. 32 Note aa. freilich noch der Meinung, daß nach der allmählichen Ausbildung der a. neg. gestorum der Dritte ohnehin diese Klage gegen den Principal gehabt habe, weil nur

II. Die angebliche Umbildung des alten Grundsatzes.

Der alte Grundsatz soll nach Savigny für die Classe der formlosen Verträge schon lange vor Justinian völlig aufgegeben sein. „Diese wichtige Veränderung," bemerkt er S. 41, „wurde nicht etwa durch eine äußere Vorschrift bewirkt. Sie ereignete sich daher nicht plötzlich und so, daß man dafür einen bestimmten Anfangspunkt angeben könnte; sie entstand vielmehr allmählig, von innen heraus, und indem in einzelnen Anwendungen das practische Bedürfniß einer freieren Behandlung anerkannt wurde. Dennoch findet sich auch eine merkwürdige Stelle, worin jene Veränderung grundsätzlich und mit bestimmter Erwähnung des Gegensatzes beider Classen der Rechtsgeschäfte anerkannt wird." Dann

---

die Absicht einen Fremden zu obligiren Bedingung dieses Rechtsmittels sei. Wäre diese Meinung richtig, so würde sie der Ausführung im Text doch nicht entgegen stehen, weil die **a. de in rem verso** auch da stattfindet, wo der Dritte nicht die Absicht gehabt hat, den Principal zu obligiren. (Die Stellen, welche Savigny S. 31. Note y. anführt, beweisen dagegen nichts). Auch die, welche mit mir annehmen, daß eine **a. neg. gestorum utilis** durch bloße Bereicherung des Principals von Seiten des Gestor begründet werden kann, setzen dabei doch gewiß eine Bereicherung voraus, welche direct aus dem Vermögen des Gestor stattgefunden hat. Die Bereicherung des Principals durch den Dritten, von der hier die Rede war, ist keine solche Bereicherung.

folgt eine ausführliche Erklärung dieser Stelle, nämlich der l. 53. D. de acquirendo rerum dominio (41, 1.).

Im §. 57. bemerkt Savigny weiter, daß er diese eine Stelle hier schon für genügend halte, indeß noch weitere Zeugnisse in einzelnen Anwendungen vorhanden seien. Indem er diese Zeugnisse nachholt, nimmt er zugleich Gelegenheit, den wahren Sinn der aufgestellten Regel enger zu begränzen, und zwar in folgender Weise. Die formlosen Verträge habe man auch durch Briefe oder Boten schließen können. Der Bote sei bloß Träger fremden Willens, er schließe den Vertrag nicht, und es wäre irrig gewesen, die Zulässigkeit des nuntius zu verneinen wegen der Regel, daß Niemand durch die Handlungen einer libera persona Rechte erwerben könne. Die stets wiederkehrende Zusammenstellung des Boten mit dem Briefe führe aber leicht zu einer zu beschränkten Auffassung des Boten. Derselbe könne allerdings bloß das Jawort überbringen, ohne zu wissen, wovon die Rede sei. Allein es sei kein Grund vorhanden, bei diesem beschränkten Falle stehen zu bleiben. Savigny sucht dann zu zeigen, daß die Sache immer dieselbe bleibe, wenn man dem Boten eine größere Thätigkeit einräume, und bestrebt sich, dies durch Beispiele anschaulich zu machen, in welchen er dem Boten immer etwas mehr Spielraum giebt. Am Ende gelangt er S. 59 zu dem Resultate, daß es gleichgültig sei, ob der Vertreter in dem Geschäfte mehr oder weniger selbstthätig erscheine, eine scharfe Grenze lasse sich hier gar nicht ziehen. Die Unterscheidung zwischen dem Boten und

Stellvertreter sei daher zu verwerfen. Von einer anderen Seite sei allerdings eine Unterscheidung zu machen, bei der es darauf ankomme, ob der Vertreter im eigenen Namen oder im Namen des Mandanten gehandelt habe. Zum Beleg dieser Behauptungen werden zwei Stellen angeführt, nämlich l. 1. §. 11. D. dep. 16. 3. und l. 13. §. 25. D. act. emti 19. 1.

Ich kann mir das Zeugniß geben, daß ich längere Zeit bestrebt gewesen bin, mich von der Wahrheit der oben zusammengedrängten Savigny'schen Ansicht zu überzeugen, denn was könnte einem Practiker erwünschter sein, als sich mit den Meinungen einer so berühmten Autorität in Einklang zu setzen. Allein meine Bemühungen sind leider fruchtlos gewesen. Es hat sich, trotz aufrichtigen Widerstrebens, immer mehr die Ansicht bei mir befestigt, daß Savigny sich hier in ganz unhaltbaren Behauptungen bewegt.

Daß der von Savigny gegebene ausgedehnte Begriff des Boten, nach welchem der Unterschied zwischen Boten und Stellvertretern ganz wegfällt, der Natur der Sache entspricht, und daß heutzutage in der That jeder Mandatar, welcher als solcher mit einem Dritten contrahirt, mit dem Boten auf einer Stufe steht, kann zugegeben werden. Es wird davon später noch die Rede sein. Allein daß schon die Römer diesen ausgedehnten Begriff des Boten anerkannt haben, ist entschieden zu verneinen. Man bemerke in dieser Hinsicht Folgendes.

Die Römer haben ohne Zweifel schon Boten gekannt,

bevor der alte Grundsatz, nach welchem unabhängige Vertreter den Geschäftsherrn nicht zum Gläubiger oder Schuldner machen konnten, nach Savigny's Meinung aufgehoben wurde, denn nichts nöthigt zu der Annahme, daß man damals nicht eben so gut als später vermittelst Briefe oder Boten Verträge abschließen konnte. Es wird nicht nöthig sein, dafür noch besondere Beweisstellen beizubringen. Wenn nun die Römer den von Savigny aufgestellten Begriff des Boten überall jemals gekannt haben, so werfen sich die Fragen auf: ob derselbe schon so ausgedehnt war, als der alte Grundsatz unstreitig noch galt, oder ob er damals vielleicht beschränkter war, und erst später, etwa mit dem Wegfallen des alten Grundsatzes, ausgedehnter wurde?

Es ist nun schwerlich zu verkennen, daß der von Savigny aufgestellte Begriff des Boten unmöglich mit dem alten Grundsatz zusammen bestehen konnte, wenn dieser Grundsatz jemals einen vernünftigen Sinn und eine practische Bedeutung gehabt haben soll. Denn wenn der Mandatar im Namen des Mandanten contrahiren konnte, ohne sich zu obligiren, so konnte er den Mandanten durch seine Vertretung offenbar zum Gläubiger oder Schuldner machen. Die alte Regel ging aber dahin, daß er dies nicht konnte [1]). Wenn Savigny S. 56 Note b. sagt:

„Es wäre irrig gewesen, die Zulässigkeit des Nuntius zu verneinen wegen der Regel, daß Niemand

1) Savigny a. a. O. S. 23.

durch die Handlungen einer libera persona Rechte erwerben könne, denn der Bote ist gar nicht der juristisch Handelnde, vielmehr ist es der Absender, der den Boten nur als Organ seines Willens gebraucht. Diese Widerlegung des erwähnten Einwurfs findet sich deutlich ausgesprochen in folgender Stelle des Paulus: L. 15. D. de pec. constit. (13. 5). Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui non erit impedimentum quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur [1]).“

so kann man es freilich zweifelhaft finden, ob er hier den ausgedehnten oder vielmehr nur einen beschränkten Begriff des Boten im Sinn hat, und annimmt, daß auch Paulus in l. 15. cit. nur davon redet. Gehen wir zunächst einmal davon aus, daß er hier an den unbeschränkten Begriff denkt, so sagt die Note mit anderen Worten Folgendes: Wenn der Mandatar im Namen des Mandanten contrahirte, so wurde der Mandant freilich Gläubiger oder Schuldner, aber nicht durch die Handlung des Mandatars, weil nur er selbst der juristisch Handelnde war; deshalb stand dem unbeschränkten Begriff des Boten die alte Regel nicht entgegen, weil diese nur dahin ging, daß man durch die Handlungen unabhängiger Personen keine Rechte erwerben

1) Vergl. dazu **Pauli rec. sent. V. 2. §. 2.** wo Paulus mit klaren Worten den alten Grundsatz als gültig anerkennt.

könne. Wäre die Bemerkung Savigny's in diesem Sinne richtig, so hätte die alte Regel höchstens folgenden Sinn haben können:

> Wenn der Stellvertreter *selbst* als der juristisch Handelnde auftrat (also in eigenem Namen contrahirte), so konnte er den Principal nicht zum Gläubiger oder Schuldner machen.

Hätte die alte Regel nur diesen Sinn gehabt, so wäre sie nach Savigny's weiteren Ausführungen noch jetzt nicht weggefallen, denn ein Vertreter, der so contrahirt, soll den Principal noch jetzt nicht unbedingt und direct zum Gläubiger oder Schuldner machen [1]). Auf jeden Fall wäre sie dann nicht weggefallen durch l. 53. D. de acquir. rer. dominio (41. 1.), welche Savigny als Hauptbeweisstelle für ihr Wegfallen anführt. Denn diese Stelle hat (im Sinne Savigny's aufgefaßt) für den Fall, wenn der Vertreter in *eignem* Namen auftritt, gar keine practische Bedeutung, was Savigny S. 63 und daselbst Note l. geradezu anerkennt.

Will man Savigny hier nicht die augenscheinlichsten Widersprüche vorwerfen, so muß man annehmen, daß er die Unvereinbarkeit des alten Grundsatzes mit dem ausgedehnten Begriff des Boten anerkennt, wofür sich auch anführen läßt, daß er S. 54 sagt, es seien für die freie Stellvertretung Zeugnisse in einzelnen Anwendungen vorhanden, und daß er

---

1) Savigny a. a. O. S. 62, 63.

als solche Zeugnisse S. 63 ff. Stellen anführt, in denen der ausgedehnte Begriff des Boten anerkannt sein soll. Er scheint danach sagen zu wollen, daß sich gleichzeitig mit der freien Stellvertretung auch der unbeschränkte Begriff des Boten entwickelt habe.

Wenn also Savigny nicht mit sich selbst in Widerspruch steht, so nimmt er an: 1. daß der Begriff des Boten ursprünglich so beschränkt gewesen ist, wie er von Buchka u. A. aufgestellt wird, 2. daß der ausgedehnte Begriff des Boten jedenfalls nicht gleichzeitig mit dem alten Grundsatz gegolten haben kann. Diese Sätze sind auch gewiß unbestreitbar.

Was nun zunächst die Zeugnisse betrifft, welche Savigny für die angebliche Ausdehnung jenes Begriffs geltend macht, so sind es folgende:

1. l. 1. §. 11. D. depos. (16. 3.). Si te rogavero ut rem meam perferas ad Titium ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. Et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit depositi. Si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati judicio conventus. (Ulpianus.)

Daß diese Stelle ganz füglich von einem Boten in dem beschränkten Sinn, wie man ihn gewöhnlich annimmt, verstanden werden kann, bedarf wohl kaum der Bemer-

kung [1]). Wenn ich den A. bitte, meine Sache zu B. zu tragen, damit derselbe sie aufhebe, so soll A. meinen auf Abschluß eines depositum gerichteten Willen nebst dem Gegenstande dieses Contracts überbringen, wonach er mit einem Briefe auf derselben Stufe steht. Wenn A., anstatt diese Botschaft auszuführen, die Sache in eignem Namen deponirt, so entstehen natürlich andere Rechtsverhältnisse die in Betreff des ersten Falls gleichgültig sind. Zu bemerken ist aber noch, daß Ulpian hier die Meinung des Pomponius referirt, welcher im zweiten Jahrhundert, also zu einer Zeit lebte, in welcher nach Savigny's eigner Meinung (S. 48) der alte Grundsatz wahrscheinlich noch bestand [2]). Gleichzeitig mit dem alten Grundsatz kann aber, wie mehrfach bemerkt worden, der unbeschränkte Begriff des Boten nicht anerkannt sein. —

2. l. 13. §. 25. D. de act. emti (19. 1.). Si procurator vendiderit et caverit emtori, quaeritur an domino vel adversus dominum, actio dari debeat. Et Pompinianus libro tertio responso-

---

1) Mühlenbruch Cession ed. 3. S. 110.

2) Paulus, welchem nach früheren Bemerkungen der ausgedehnte Begriff noch unbekannt war, lebte im dritten Jahrhundert. Wollte man dagegen bemerken, die allmählige Entwickelung der hier fraglichen Rechtssätze mache es erklärlich, wenn ein späterer Schriftsteller noch an den alten, durch die Praxis längst erschütterten Bestimmungen festgehalten habe, so müßte man von solcher Auslegung doch wohl sagen, daß sie die Gesetzstellen benutze, wie es ihr gerade passe.

rum putat, cum domino ex emto agi posse utili actione, ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit. Ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem domino competere.

Savigny sucht nachzuweisen, daß der Procurator im Fall dieser Stelle eine Sache des Geschäftsherrn in eignem Namen verkauft habe, und die Stelle deshalb eine Bestätigung der für die Stellvertretung zweiter Art aufgestellten Behauptungen enthalte (S. 65). Nach der gemeinen Meinung, die ich für richtig halte, konnte aber ein Procurator überhaupt nur in eigenem Namen contrahiren. Gegen diese Meinung liefert das Gesetz gewiß keinen Beweis, weshalb es hier gänzlich irrelevant ist.

Wenn demnach die von Savigny angeführten Stellen nichts beweisen, und ebensowenig die Natur der Sache, aus der wohl Savigny, aber nicht die römische Jurisprudenz, den Begriff des Boten entwickelt [1]), so kann eine Erweiterung dieses Begriffs nur angenommen werden, wenn sich darthun läßt, daß der alte Grundsatz beseitigt ist, wonach die Frage, ob Savigny den römischen Begriff des Boten richtig aufgefaßt hat, ganz mit der Frage zusammenfällt, ob der alte Grundsatz zur Zeit der Römer weggefallen ist.

Von allen desfälligen Beweisen Savigny's bleibt nach dem Bisherigen nichts weiter übrig, als die l. 53. D. de

1) Sie konnte dies nicht, weil der alte Grundsatz im Wege stand.

acquirendo rerum dominio. Bevor wir auf diese Stelle näher eingehen, soll hier dasjenige zusammen gestellt werden, was sich dafür anführen läßt, daß der alte Grundsatz bis zu Justinian fortwährend Geltung behalten hat, worauf sich dann fragen wird, welches Gewicht diesen Beweisgründen gegenüber, der l. 53. cit. noch beigelegt werden kann.

1. Es lag nicht im Character der römischen Gesetzgebung alte Grundsätze des Civilrechts so total zu beseitigen, wie es hier von Savigny vorausgesetzt wird. Man half sich lieber auf Umwegen, und ein solcher wäre hier leicht zu finden gewesen, falls das practische Bedürfniß einer weiteren Entwickelung wirklich so dringend empfunden wäre. Wenn man sich die Rechtsverhältnisse vergegenwärtigt, wie sie nach den Grundsätzen des prätorischen Rechts durch Stellvertreter hervorgerufen wurden, so wird man nicht zweifelhaft darüber sein, daß höchstens die rechtliche Stellung des Stellvertreters das Bedürfniß einer Aenderung empfinden lassen konnte. Für den Dritten, welchem jedesmal eine in solidum gehende Klage gegen den Principal zustand, wenn er mit dem Mandatar als solchem contrahirt hatte, war offenbar so genügend gesorgt, daß von einem practischen Bedürfniß anderweitiger Rechtsvorschriften in dieser Hinsicht nicht die Rede sein konnte. Dagegen hätte es wohl unbillig erscheinen können, daß der Mandatar, welcher unter Angabe dieser Qualität, also nur im Interesse des Geschäftsherrn contrahirt hatte, dennoch von dem dritten Contrahenten persönlich in Anspruch genommen werden konnte. Diesem Uebelstande,

wenn er als solcher empfunden wäre, hätte auf einfache Weise abgeholfen werden können, nämlich durch Einführung einer exceptio doli des Vertreters [1]).

2. Wenn der Stellvertreter unter Angabe dieser Eigenschaft, und der Dritte mit Rücksicht auf dieselbe contrahirt hatte, so stand dem Dritten wie mehrfach bemerkt, eine in solidum gehende Klage, nämlich die actio quod jussu, exercitoria, institoria oder quasi institoria, zu. Wäre der alte Grundsatz aufgehoben und damit gesagt, daß jedesmal wenn der Vertreter *als solcher* contrahire, ein directes Vertragsverhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten eintreten, dagegen der Stellvertreter gar nicht verbindlich werden solle, so wären, wie schon früher hervorgehoben ist, jene prätorischen Rechtsmittel als ganz unpractisch weggefallen. Daß dies nicht geschehen ist gewiß, da noch Justinian diese Klagen als durchaus practisch anerkennt, was von keiner Seite bezweifelt wird. Darin liegt der vollständige Beweis dafür, daß Justinian die von Savigny vertheidigte Umgestaltung des Instituts der Stellvertretung nicht kennt. — Savigny behauptet freilich (z. B. S. 62.) jene prätorischen Klagen seien für den Fall practisch geblieben, wenn der Dritte *nicht erfahren habe*, daß der Mandatar als solcher handle. Allein es ist schon oben gezeigt, daß die Klagen für diesen Fall niemals gegolten haben, und daß

---

1) Vergl. kritische Zeitschrift B. 1. S. 9.

es ganz unmotivirt gewesen wäre, wenn die Gesetzgebung jene Klagen hier zugelassen hätte.

3. Verschiedene sehr bekannte Stellen ergeben bestimmt, daß der alte Grundsatz fortwährend bis zu Justinian in Geltung geblieben ist:

Paul. recept. sent. V. 2. §. 2. Per liberas quae in potestate nostra non sunt, acquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est [1]).

L. 1. Cod. per quas person. (4. 27.). (Impp. Diocletian. et Maximian.) Excepta possesionis causa, per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cujus negotia administrabat redintegratae rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est [2]).

---

1) Dieselbe Ansicht spricht Paulus aus in der oben S. 23 berührten l. 15. de pec. constit. und in l. 126. §. 2. D. de V. O. (45. 1)

2) Ueber die Worte „redintegratae rei vindicationem" s. m. Mühlenbruch Cession §. 5. S. 41. Note 68. Vergl. zu dieser Stelle ferner: l. 1. Cod. de acquir. et ret. poss. 7. 32. (Impp. Severus et Antoninus) Per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem — — tam ratione utilitatis, quam juris prudentia receptum est. l. 8. eod. (Impp. Dioclet. et Maxim.) Per procuratorem utilitatis causa possessionem — — quaeri placuit.

§. 5. Inst. per quas personas (2. 9.) Ex his itaque apparet per liberos homines quos neque nostro juri subjectos habemus, neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus, neque possessionem justam, nulla ex causa nobis acquiri posse. Et hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil acquiri posse; excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem placet non solum scientibus sed et ignorantibus nobis acquiri possessionem — —

Savigny sucht diese Stellen durch folgende Bemerkungen (S. 48. 49.) zu beseitigen:

„Der strenge für den Verkehr unbequeme Grundsatz des alten Rechts, welcher die freie Stellvertretung für alle Rechtsgeschäfte ausschloß, wurde im Laufe der Zeit durch Anerkennung des practischen Bedürfnisses, umgebildet. Zuerst geschah dieses ganz entschieden bei dem Erwerb und Verlust des Besitzes. Damals bildete sich die Regel: der Besitz sei das einzige Recht, das durch freie Stellvertretung erworben werden könne, und die so formulirte Regel pflanzte sich lange Zeit traditionell fort, bis in Zeiten hinüber, worin sie ihre Wahrheit längst verloren hatte."

Für das traditionelle Fortpflanzen führt Savigny a. a. O. in Note m. die eben mitgetheilten Stellen an. Daß die in denselben ausgesprochene Regel ihre Wahrheit verloren

gehabt habe, als die Stellen geschrieben wurden, dafür bringt er hier keinen weiteren Beweis bei. Die Stellen selbst deuten darauf gewiß nicht hin. Im Gegentheil ergeben dieselben, daß die Regel zu ihrer Zeit noch practisch gültig war.

1. Paulus hielt dieselbe gewiß noch für anwendbar, wie sich aus der oben S. 23 berührten l. 15. D. de constit. pecunia [1]) genügend ergiebt, was auch Savigny selbst einräumt (S. 56. Note b.) falls er sich nicht in unlösbaren Widersprüchen bewegt (vergl. oben S. 24). Paulus könnte sich nun freilich geirrt haben, es könnte demselben entgangen sein, daß die alte Regel von freieren Ansichten des practischen Rechtslebens verdrängt worden. Allein die an sich schon sehr bedenkliche Annahme eines derartigen Irrthums, erscheint noch bedenklicher, wenn wie Savigny annimmt, der viel unbedeutendere Modestinus [2]), welcher ungefähr gleichzeitig mit Paulus lebte [3]), die Beseitigung der alten Regel als eine ausgemachte Sache betrachtet hat.

2. Daß Diocletian in der angeführten l. 1. Cod. per quas personas des alten Grundsatzes nicht als einer historischen Antiquität gedenkt, ist völlig außer Zweifel, da er denselben bei Entscheidung eines practischen Rechtsfalls zur Anwendung bringt. Savigny muß daher annehmen, daß

---

1) Vergl. auch des Paulus l. 126. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) aus der dies nicht minder klar hervorgeht.

2) Hugo Rechtsgeschichte ed. 10. S. 822.

3) Er war Schüler des Ulpian Hugo a. a. O. S. 816 Note 1. S. 776 und l. 53. §. 20. D. de furtis. (47. 2.)

Diocletian den alten seit Jahrhunderten beseitigten Grundsatz irrthümlich noch für anwendbar gehalten habe. Wenn das wahr ist, so müssen Diocletian und seine juristischen Rathgeber gar nichts vom practischen Rechtsleben gewußt, und ihre Rechtskenntnisse lediglich aus den Büchern der alten Juristen geschöpft haben. Denn der wichtige ins Leben greifende Grundsatz freier Stellvertretung hätte ihnen nicht entgehen können, wenn sie ihren Blick nur einmal von den alten Schriften abgelenkt hätten. Der Vorwurf eines Irrthums, wie er hier dem Diocletian und dessen Rathgebern gemacht wird, erscheint danach wohl noch kühner, wie die bekannte Behauptung in Savigny's Besitz [1]), nach welcher Ulpian sich in einem historischen Irrthum befinden soll.

3. Aber auch dem Kaiser Justinian und dessen Rathgebern ist der alte Grundsatz offenbar eine völlig practische Regel, wie die Fassung des §. 5. Inst. per quas personas (2. 9.) so deutlich ergiebt, daß jede weitere Bemerkung überflüssig sein würde. Wenn die mit dem Studium des Rechts beschäftigten jungen Leute, für welche die Institutionen doch vorzugsweise bestimmt waren, den §. 5. cit. lasen, so konnten sie schwerlich auf die Idee kommen, daß sie es hier mit einer historischen Antiquität zu thun hätten [2]).

---

1) S. 476. Note 1.

2) Vergl. auch Theoph. paraphrase ad §. 5. cit. Es mag hier noch bemerkt werden, daß man sich für die Fortdauer des alten Grundsatzes auf l 11. D. de O. et. A. (44. 7. Paulus), l. 38. §. 17. D. de V. O. (45. 1. Ulpianus) l. 6. Cod. si qui al-

Savigny's Beseitigung der genannten Beweisstellen muß daher als gänzlich unbegründet verworfen werden, wenn nicht etwa seine l. 53. cit. einen außerordentlich dringenden Beweis für die Aufhebung des alten Grundsatzes enthält. Sie lautet so:

> **Modestinus lib. XIV. ad Q. Mucium. Ea quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus.**

Savigny hat freilich allen möglichen Scharfsinn aufgewendet, um diese Stelle für seine Ansicht auszubeuten. Allein bei der Aufgabe, die oben zusammen gestellten Beweisgründe durch diese einzige Stelle über den Haufen zu werfen, kann aller Scharfsinn wenig helfen. Ist nur eine andere Auffassung der Stelle als die Savigny'sche *denkbar*, so ist man schon genöthigt, derselben vor letzterer den Vorzug zu geben. Savigny findet Folgendes in der Stelle ausgesprochen:

---

teri (4. 50. **Diocletianns**) und ähnliche Stellen (vergl. Vangerow Leitfaden B. 3. S. 290. ff. Chambon **neg. gestio** S. 180.) hiernach nicht zu berufen braucht, und es also gleichgültig ist, ob mit Savigny a. a. O. S. 77. ff. angenommen werden muß, daß diese Stellen nicht auf Fälle der Stellvertretung zu beziehen sind. In Betreff der **l. 11. de O. et A.** wird diese Ansicht Savignys übrigens anscheinend unterstützt durch die Basiliken (**lib. 52. tit. 1. № 10.**)

Der Erwerb durch freie Stellvertreter soll zugelassen werden bei denjenigen Rechten, die auf formlose Weise erworben werden (quod naturaliter acquiritur) und als Beispiel für diese Classe von Rechten wird die possessio angegeben. Bei den Rechten dagegen, die auf förmliche Weise erworben werden, (ea quae civiliter acquiruntur), soll der Erwerb nur durch abhängige Personen möglich sein, und als Beispiel für diese Classe von Rechten wird die stipulatio angeführt. Jenes erste Beispiel hätte der Verfasser der Stelle auch ergänzen können durch die Worte: vel emtionis venditionis contractus, und es sei zufällig, daß dies nicht geschehen.

Wenn wir die letztgedachte Ergänzung wirklich einflechten, so lautet der letzte Theil der Stelle dahin:

quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio vel emtionis venditionis contractus, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus.

Das wäre offenbar widersinnig. Man sieht, daß Savigny, wenn er das Beispiel des Besitzes durch das des Kaufs ergänzen will, nicht damit aus kann, die Worte: vel emtionis venditionis contractus einzuschieben, sondern daß er genöthigt ist, dann die Worte: per quemlibet volentibus nobis possidere zu streichen. Dem Verfasser der Stelle wird daher auch schwerlich das Beispiel des Kaufs oder eines anderen Contracts, auf welches diese Worte gar nicht passen, im Sinn gelegen haben. Er hat unter dem

naturaliter acquirere nichts Anderes verstanden, als den Erwerb des Besitzes, der ihm zwar Beispiel war, aber das einzige, welches er anführen konnte. Streicht man die Worte sicuti est possessio ganz weg, so kann die Stelle doch immer nur vom Erwerb des Besitzes verstanden werden [1]). — Ich glaube daher mit Mühlenbruch [2]) und Anderen, daß unter dem civiliter acquirere der juristische Erwerb, d. i. der Erwerb durch Rechtsgeschäfte, unter dem naturaliter acquirere der thatsächliche Erwerb, d. i. Erwerb des Besitzes, verstanden werden muß. Auf jeden Fall ist diese Auffassung der Stelle möglich, und das ist, nach dem was früher bemerkt worden, zu ihrer Beseitigung völlig genügend. Zu der Annahme einer Interpolation sind wir hiernach nicht genöthigt. Wenn übrigens Savigny S. 49 Note n. behauptet, aus der angeblichen Interpolation der Stelle würde das Princip freier Stellvertretung für das Justinianische Recht unzweifelhaft folgen, so kann ihm auch darin nicht beigestimmt werden. Die Mancipation war zu Justinians Zeit weggefallen, weshalb der Ausdruck „per mancipationem“ — wenn die Stelle ihn enthielt — jedenfalls gestrichen werden mußte. Wenn die Compilatoren an ihre Stelle die Stipulation setzten, so sollte dieselbe nur ein Beispiel für den Erwerb durch Rechtsgeschäfte abgeben. Daß man der Stelle damit vielleicht einen andern Inhalt gab, als sie im Sinn ihres Urhebers hatte, steht der Richtigkeit dieser Auffassung nicht entgegen.

1) Vergl. Puchta Instit. B. 2. S. 335 Note n.

2) Cession S. 44 Note 71.

Außerdem läßt sich gegen Savigny's Interpretation der l. 53. cit. noch Folgendes einwenden:

1. Modestinus der angebliche Urheber der Stelle commentirt hier den Quintus Mucius Scävola, welcher die alte Regel in l. 73. §. 4. D. de reg. juris 50. 17. anerkennt. Die Fassung der Stelle läßt nicht erkennen, daß Modestinus mit seinem Autor in Widerspruch steht, obgleich die römischen Commentatoren doch sonst nicht Anstand nahmen, einen derartigen Widerstreit ausdrücklich hervorzuheben.

2. Die l. 59. cit. rührt übrigens höchst wahrscheinlich gar nicht von Modestinus her, sondern von Pomponius, denn das Werk **Modestinus ad Q. Mucium**, aus welchem die Stelle nach ihrer Ueberschrift herstammen soll, ist in dem Register der excerpirten Schriften vor dem florentinischen Pandecten-Manuscript gar nicht enthalten, wohl aber ein Werk **Pomponius ad Q. Mucium**, aus welchem viele Stellen in die Pandecten aufgenommen sind [1]). Gründliche Kritiker haben daher in der Ueberschrift den Namen Modestinus durch Pomponius ersetzt. Pomponius lebte aber *vor* der Periode der großen Juristen [2]). Wäre der alte Grundsatz schon zu seiner Zeit unpractisch gewesen, so würden wir davon gewiß Spuren in den Schriften der großen

---

1) Vergl. Savigny a. a. O. S. 47, 48 und die dort genannten Schriftsteller.

2) Wenn zwei Pomponius existirt haben, wie Einige annehmen, so lebten sie jedenfalls *beide* vor dieser Periode. Vergl. Zimmern röm. Rechtsgeschichte I. 1. §. 92.

Juriſten finden, was nicht der Fall iſt [1]). Die ſchwierigen Fragen, welche Wirkung von nun an dem dolus oder der culpa des Stellvertreters beziehungsweiſe des Principals in Betreff der von jenem geſchloſſenen Rechtsgeſchäfte beizulegen ſei, würden ihre Löſung gefunden haben.

Savigny vermag das Gewicht der Gründe, aus welchen man dem Pomponius die Stelle zuſchreibt, nicht zu verkennen. Er bemerkt indeß S. 48:

„Aus inneren Gründen würde ich geneigter ſein, den handſchriftlichen Namen Modestinus vorzuziehen, weil ein ſo entſchiedener grundſätzlicher Ausſpruch, wenn er in der weit früheren Zeit des Pomponius erlaſſen worden wäre, wahrſcheinlich mehrfache Erwähnung in den vielen Schriften der nachfolgenden großen Juriſten nach ſich gezogen hätte. Dieſer Grund findet keine Anwendung auf Modeſtinus, nach deſſen Zeit fruchtbare juriſtiſche Schriftſteller nicht mehr aufgetreten ſind."

Dieſe Erwägung beſtimmt ihn jedoch nicht, die Stelle dem Modeſtinus zuzuſchreiben, vielmehr läßt er es (S. 48, 49) ganz unentſchieden, ob ſie von dieſem oder von Pomponius herrührt. Er würde ſie freilich lieber dem Modeſtinus zuſchreiben, allein auch für den Fall, daß ſie von Pomponius herrühren ſollte, findet er das Princip freier Stell-

1) Es iſt im Gegentheil gewiß, daß wenigſtens Paulus den alten Grundſatz noch für practiſch hielt. Vergl. oben S. 23, 32. Von Ulpian muß daſſelbe behauptet werden, da er in l. 10. §. 2. D. de pactis (2. 14.) dem Geſchäftsherrn aus einem pactum ſeines Stellvertreters nicht die *exceptio pacti*, ſondern nur die exceptio doli zugeſteht.

vertretung in ihr ausgesprochen. — Ein unbefangener Ausleger wird indeß nicht umhin können, in Erwägung der oben hervorgehobenen Beweismomente, vor allen Dingen einzuräumen, daß die Stelle höchst wahrscheinlich nicht von Modestinus, sondern von Pomponius herrührt. Er wird ferner in Folge dessen anerkennen, daß die Stelle, ganz abgesehen von ihrem Inhalte, allein darum schwerlich das Princip freier Stellvertretung ausspricht, weil sie wahrscheinlich aus der Zeit vor der Periode der großen Juristen, die nichts von der freien Stellvertretung wissen, herrührt.

Bei diesen Bedenken, welche sich gegen die Savigny'sche Auslegung der l. 53. cit. erheben lassen, würde dieselbe für die Aufhebung des alten Grundsatzes kaum geltend gemacht werden dürfen, wenn gar keine Beweisgründe für sein Fortbestehen vorhanden wären. Da es an solchen aber keineswegs fehlt, wie oben näher gezeigt ist, so läßt sich an der Fortdauer des alten Princips mit Grund nicht zweifeln.

Das Institut der Stellvertretung bestand also noch unter Justinian im Wesentlichen in einer Modification des alten Grundsatzes durch die prätorischen Klagen [1]).

---

1) Der Procurator mußte sich noch die Execution in das eigne Vermögen gefallen lassen. Die l. 4. pr. D. de re judic. (42. 1.), auf welche man sich dagegen vorzugsweise berufen hat (z. B. neuerlich Rudorff in Puchta Pand. Ausg. 7. §. 279. Note c.) gehört gar nicht hierher, weil sie nur auf Proceßprocuratoren Anwendung leidet, für welche ganz andere Grundsätze gelten. Old. Archiv B. 1. S. 43, 44. Vangerow Pand. B. 3. §. 661. Anm. — Die Behauptung Rudorff's, daß diese Stelle von mir übersehen sei, beruht auf Irrthum. Vergl. Oldenb. Archiv a. a. O.

Neben diesen stand übrigens den dritten Contrahenten auch eine condictio gegen den Geschäftsherrn zu, mit der es folgende Bewandtniß hatte. Es ist bekannt, daß die Klage des Dritten gegen den Stellvertreter consumirt wurde, sobald er seine actio adjectitiae qualitatis gegen den Geschäftsherrn anstellte, und daß umgekehrt die letztere verloren ging durch Erhebung der Contractsklage gegen den Stellvertreter. Diese Grundsätze mußten schon früh recht unbequem erscheinen, weshalb man bald auf ihre Beseitigung Bedacht nahm. Diese wurde dadurch ins Werk gesetzt, daß man neben den actiones adjectitiae qualitatis, und zwar unter den Voraussetzungen dieser Klagen, dem Dritten eine condictio gegen den Geschäftsherrn einräumte, die jenen Consumtionsgrundsätzen nicht unterworfen war, weil sie nicht mit der Contractsklage gegen den Stellvertreter die nämliche intentio hatte, sondern vielmehr eine selbstständige intentio. Die condictio konnte aber eben deshalb, weil sie ganz nach den Grundsätzen der actiones adjectitiae qualitatis zu beurtheilen war, diese nicht verdrängen, indem man jedesmal, wenn es sich um die Frage handelte, ob die fragliche condictio begründet sei, auf die Grundsätze jener Klagen zurückkommen mußte. Auch wurde die condictio selbst mit dem Wegfallen der Consumtionsgrundsätze nicht unpractisch, weil sie, namentlich in Betreff der Verzugszinsen, gewisse Vortheile gewährte [1]). Savigny giebt eine andere Erklärung der condictio. Er meint dieselbe beziehe sich nur auf Fälle, in welchen der Sohn

1) Vergl. meine Abhandlung im Oldenb. Archiv B. 1. S. 56 ff.

oder Sclave ein Gelddarlehn mit des Hausvaters Willen oder zu dessen Vortheil aufgenommen habe. Durch diese Handlung sei dem Hausvater das Eigenthum des Geldes erworben, und so gegen ihn zugleich die Darlehnsklage unmittelbar begründet worden (S. 34). Man braucht aber in der That nur den §. 8. J. quod cum eo (4. 7.) zu lesen, um diese Ansicht unbegründet zu finden. Justinian sagt hier so deutlich wie möglich, daß in allen Fällen, wo mit der actio institoria, exercitoria, de in rem verso oder quod jussu geklagt werden könne, auch die condictio stattfinde. Sodann ist aber auch die Annahme, daß der Dritte in Darlehnsfällen neben der actio de in rem verso auch die in solidum gehende Darlehnsklage gegen den Hausherrn habe anstellen können, unbegründet. Der Grundsatz, daß der Hausherr durch Verträge seiner Untergebenen nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt werden könne, galt auch für Darlehne. Hatte der Sohn oder Sclave ohne Auftrag des Gewalthabers zu dessen Vortheil ein Darlehn aufgenommen, so fand gegen letzteren nur eine Klage statt, wenn und so weit dasselbe in rem patris vertirt, oder wenn ein peculium vorhanden war. Die exceptio scti Macedoniani war dem Hausvater nur gegen des Dritten actio de peculio nothwendig. Hätte der Hausvater aus Darlehnsverträgen seiner Sclaven stets mit der condictio ex mutuo auf das Ganze in Anspruch genommen werden können, so wäre von dieser dem Hausherrn so sehr gefährlichen Bestimmung doch wohl irgendwo die Rede.

Jetzt verhält es sich mit der Stellvertretung anders. Wir wollen hier nicht näher untersuchen, wie der alte römische Grundsatz allmählig durch Theorie und Praxis untergraben und beseitigt ist, genug daß er nicht mehr existirt und die Lehre von der Stellvertretung damit eine wesentlich andere Gestalt bekommen hat, wenn auch nicht die von Savigny vorgezeichnete, wie derselbe S. 70 ff. eventuell anzunehmen scheint.

Jeder Mandatar, der als solcher contrahirt, steht jetzt regelmäßig mit dem Boten rechtlich auf gleicher Stufe, insofern auch er nur Instrument des Geschäftsherrn ist, und durch seine Verträge nicht persönlich verbindlich wird [1]). Der Geschäftsherr selbst ist juristisch der Mitcontrahent des Dritten. Durch den Auftrag, für ihn mit Dritten zu contrahiren, stellt er sich von vorn herein als rechtlichen Mitcontrahenten jedes Dritten hin, der sich veranlaßt finden sollte, mit dem Mandatar zu contrahiren. Der Dritte, welcher mit dem Mandatar als solchem contrahirt, und dessen Propositionen annimmt, acceptirt damit in Wirklichkeit die im Voraus abgegebene Willenserklärung des Principals, nach welcher der beim Contrahiren erklärte Wille des Mandatars sein, des Principals Wille ist [2]). Der Geschäftsherr contrahirt also

1) Vergl. Dernburg kritische Zeitschrift B. 1. S. 19.

2) Der Buchka'schen Fiction (Buchka a. a. O. S. 206) bedarf es hier also nicht. Vergl. Oldenburgisches Archiv B. 5. S. 89 ff. Beseler Deutsches Privatrecht B. 2. S. 277.

in den Fällen, wo ein genereller Mandatar als solcher Verträge für ihn eingeht, regelmäßig mit unbekannten unbestimmten Personen. Es geht daraus ohne Weiteres hervor, daß man nach heutigen Rechtsansichten mit unbestimmten Personen contrahiren kann [1]), was nach römischem Rechte bekanntlich nicht erlaubt war. Hätten die Römer schon den heutigen unbeschränkteren Begriff des Boten gekannt, so hätten sie eben deshalb auch das Contrahiren mit unbestimmten Personen für zulässig gehalten. Wenn Savigny anerkennt, daß zwischen dem Mandatar und dem ihm gänzlich unbekannten Dritten, mit welchem der Generalmandatar ohne Vorwissen des Mandanten contrahirt, ein directes Vertragsverhältniß entsteht, so weiß ich nicht, wie er trotzdem das Contrahiren mit unbestimmten Personen für unzulässig halten kann. Savigny vermeidet es freilich ausdrücklich anzuerkennen, daß ein genereller Mandatar mit Dritten wirksam für den Mandanten contrahiren kann, ohne sich selbst verbindlich zu machen. In der Entwickelung seines Begriffs des Boten, wo er in Beispielen dem Boten immer etwas mehr Spiel-

1) Dernburg, krit. Zeitschrift B. 1. S. 19, behauptet mit Recht, daß der römische Grundsatz, wonach der Consens immer nur zu einem bestimmten Geschäft gegeben werden kann, aus unserem Rechtsbewußtsein vollständig verschwunden ist. Die Praxis hat wohl keine Zweifel darüber, daß bei Auslobungen eines Preises für die Anzeige oder Rücklieferung einer gestohlenen oder verlorenen Sache, dem Anzeiger oder Finder eine Klage auf den Preis zusteht.

raum giebt, legt er stets nur ein specielles Mandat zum Grunde (S. 58, 59), und S. 61 Note h. bemerkt er: Bei der Stellvertretung für ein einzelnes Rechtsgeschäft werde es sich fast immer so verhalten, daß man nicht daran denke, dem Vertreter Rechte einzuräumen, dieser vielmehr im Namen des Mandanten aufzutreten habe, und die Gegenpartei ihn nicht als ihren Contrahenten ansehe; bei einer viele Geschäfte umfassenden Vertretung werde es sich oft ganz anders verhalten. Diese Bemerkung scheint aber doch, trotz ihrer Unbestimmtheit, zu ergeben, daß Savigny sich genöthigt sieht anzuerkennen: auch ein genereller Mandatar solle und könne unter Umständen als solcher für den Geschäftsherrn contrahiren, ohne sich selbst verbindlich zu machen. Darauf führt auch mit Nothwendigkeit der Satz, zu welchem er S. 59 gelangt: daß eine scharfe Gränze zwischen den mannichfaltigen Fällen sich hier nicht ziehen lasse. Wenn also Savigny anerkennt, daß ein Vertreter unter Umständen wirksam mit Personen contrahiren kann, die dem Geschäftsherrn gänzlich unbekannt sind, und daß derselbe durch solche Contracte den letzteren direct obligiren kann, ohne sich selbst verbindlich zu machen, so müßte Savigny consequenterweise auch zugeben, daß es nicht durchaus unstatthaft sei, mit unbestimmten Personen zu contrahiren. Dies giebt er aber nicht zu, weil das römische Recht ein solches Contrahiren überall nicht gestattet. Er legt damit dem römischen Rechte einen Widerspruch zur Last, denn einmal nimmt er an, der Mandant könne nach römischem Rechte durch Vermittelung eines nun-

tius mit unbestimmten Personen contrahiren, und dann behauptet er, nach römischem Rechte könne mit unbestimmten Personen gar nicht contrahirt werden. Jede Schwierigkeit lös't sich hier einfach, wenn man von der richtigen Ansicht ausgeht, nach welcher ein Stellvertreter noch unter Justinian den Geschäftsherrn nicht direct verpflichten konnte, und erst das neuere Recht die directe Vertretung zur Anerkennung gebracht, damit aber zugleich die römische Bestimmung beseitigt hat, nach welcher mit unbestimmten Personen nicht contrahirt werden durfte.

Ferner ist hier in Betreff der von Savigny so sehr betonten Unterscheidung: ob der Stellvertreter in *seinem* Namen oder im Namen des *Mandanten* contrahirt hat, noch Folgendes zu bemerken.

Wenn Savigny Gewicht darauf legt, ob der Stellvertreter dem Dritten gegenüber *als Vertreter* contrahirt hat oder nicht, so ist ihm darin vollkommen beizustimmen. Dieser Gegensatz wurde, wie oben nachgewiesen ist, auch schon von den Römern als wichtig anerkannt, denn nur wo der Vertreter als solcher aufgetreten war, gaben sie dem Dritten ein in solidum gehendes Rechtsmittel gegen den Geschäftsherrn. Die weitere Behauptung Savigny's, daß der Vertreter nur dann als solcher aufgetreten sei, wenn er im *Namen des Geschäftsherrn* contrahirt habe, und daß er nicht als solcher aufgetreten sei, wenn er in *eignem Namen* contrahirt habe, ist wörtlich verstanden jedenfalls ganz unrichtig. Soll sie nicht wörtlich verstanden werden, so hätte

zur Vermeidung von Mißverständnissen wohl angegeben werden mögen, wie man sie zu verstehen habe. Wenn der dritte Contrahent und der Stellvertreter beim Contrahiren darin einverstanden sind, daß der Vertreter als solcher handle, so ist es völlig gleichgültig, ob der Contract auf den Namen des Vertreters oder auf den des Principals gestellt wird. Bedient der Vertreter sich seines eigenen Namens, so soll nach jener Uebereinkunft unter diesem Namen nicht die Persönlichkeit des Vertreters verstanden werden, sondern die des Principals. Jene Vereinbarung hat im Sinn des heutigen Rechts die Wirkung, daß jedesmal, wenn während der Contractsverhandlungen der Name des Vertreters gebraucht wird, unter diesem Namen die Person des Principals verstanden werden muß, daß bei diesem Namen immer hinzu zu denken ist: in seiner Qualität als directer Vertreter des Geschäftsherrn. Danach ist in dem von Savigny bezeichneten Gegensatze das Gewicht nicht darauf zu legen, ob der Vertreter in seinem Namen oder in dem des Principals contrahirt hat, sondern darauf, ob man beim Abschluß des Vertrags ausdrücklich oder stillschweigend darin übereingekommen ist, daß der Vertreter in seiner Eigenschaft als solcher handeln solle und wolle. — Ich habe dem A. ein generelles Mandat gegeben in der Art, wie solche Vollmachten im Leben gewöhnlich vorkommen. Es lautet so:

„Ich N. N. bevollmächtige hierdurch den A., alle mein Vermögen (oder gewisse Vermögenstheile, z. B. eine Erbschaft) betreffende Angelegenheiten für mich

wahrzunehmen, namentlich Processe zu führen, Geständnisse abzulegen u. s. w., ferner auch Verträge aller Art, insbesondere Verheuerungen, öffentliche und Privatverkäufe u. s. w. nach seinem Ermessen abzuschließen.

Ob A. in seinem oder in meinem Namen contrahiren soll, darüber habe ich nichts vorgeschrieben, woraus von selbst folgt, daß er es damit halten kann wie er will [1]). A. findet es gerathen, eine bestimmte Sache des B. für mich zu kaufen. Er legt diesem seine Vollmacht vor, und erklärt, daß er die fragliche Sache für mich kaufen wolle. Nachdem B. die Vollmacht genügend befunden, schreitet man zur Verhandlung, während welcher der Mandatar meinen Namen nicht mehr nennt, sondern so spricht: ich stelle diese, ich stelle jene Bedingung, bis er am Ende erklärt: also gebe ich Ihnen für diese Sache 1000 ℳ. B. entgegnet: ich überlasse Ihnen die Sache für 1000 ℳ. — Dieser Vertrag ist im Namen des A. verhandelt und abgeschlossen, denn A. hat die Bedingungen in seinem Namen gestellt und den schließlichen Consens in seinem Namen erklärt. Dennoch hat A. fortwährend als mein directer Stellvertreter gehandelt, denn

---

1) Ein Mandat, nach welchem der Vertreter in eignem Namen contrahiren soll, wird gewiß selten vorkommen. Meistens wird es der Willkühr des Mandatars überlassen sein, ob er im Namen des Mandanten oder in seinem Namen auftreten will. In der Unterscheidung Savigny's S. 61, die dahin geht: 1. der Vertreter handelt im Namen des Mandanten, 2. der Vertreter soll in eignem Namen handeln, ist dieser gewöhnlichste Fall gar nicht begriffen. Vergl. indeß Sav. a. a. O. S. 71.

das „ich," dessen er sich bediente, sollte nichts bedeuten als meine Persönlichkeit. Es war stets hinzu zu denken: ich in meiner genannten Eigenschaft als Vertreter. Indem A. vor der Verhandlung zu B. sagte, daß er für mich kaufen wolle, erklärte er einschließlich: wenn ich mich während der Verhandlung meines Namens bediene, so haben Sie meinen Mandanten darunter zu verstehen. Daß dies richtig sei, wird wohl Niemand, vielleicht auch Savigny nicht, bestreiten. Es muß danach aber anerkannt werden, daß es gleichgültig ist, ob der Mandatar sich beim Contrahiren seines eignen oder des Namens seines Mandanten bedient, wenn nur in jenem Falle vereinbart ist, daß mit dem Namen des Mandatars die Persönlichkeit des Mandanten gemeint sein solle. Ob dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist, darauf kann natürlich nichts ankommen. Es muß also auch gelten, wenn mein Vertreter dem Dritten die Vollmacht nicht vorlegt, und demselben nicht erklärt, daß er für mich kaufen wolle, beide aber stillschweigend darin einverstanden sind, daß der Mandatar nicht für eigne Rechnung, sondern als mein Vertreter handle. Wenn z. B. das Mandatsverhältniß notorisch ist, und der Mandatar mit Zimmerleuten über die Reparatur von Gebäuden verhandelt, die notorisch zu meinem Vermögen gehören, so wissen die Zimmerleute sehr wohl, daß der in eignem Namen auftretende Mandatar nur meine Person repräsentiren und nicht sich selbst obligiren will, gleichwie es hier andererseits auch dem Mandatar nicht in den Sinn kommt, sich persönlich verbindlich

zu machen, oder die Rechte aus dem Vertrage zunächst für sich zu erwerben und erst hinterher auf den Principal übergehen zu lassen. Wenn er dem Dritten sagt: „ich contrahire," so meint er damit: „ich in meiner Eigenschaft als Mandatar contrahire," und der Dritte weiß, daß er jenes „ich" nur in dieser Bedeutung aufzufassen hat [1]).

Auf die von Savigny betonte Unterscheidung, ob mein Vertreter in seinem oder in meinem Namen aufgetreten ist, kommt also nichts an. Ist er in meinem Namen aufgetreten, so sind die Rechtsverhältnisse allerdings so wie Savigny sie angegeben hat. Eine persönliche Verbindlichkeit des Vertreters ist dann regelmäßig nicht anzunehmen. Ist er in seinem Namen aufgetreten, so folgt daraus noch nicht, daß er persönlich verbindlich geworden ist [2]). Es fragt sich dann immer noch

---

1) Es kann in manchen Fällen, z. B. auch da, wo mit dem **institor** eines entfernten und unbekannten Principals contrahirt ist, recht zweifelhaft sein, ob man diese stillschweigende Vereinbarung den Umständen nach annehmen darf. Ist sie aber anzunehmen, so erscheint es stets gleichgültig, ob der **institor** in eignem Namen contrahirt hat oder nicht. Sofern Savigny S. 61 Note **h.** behaupten will, daß der Dritte in Fällen der eben gedachten Art stets die Wahl habe zwischen der Contractsklage gegen den **institor** und der **institoria** gegen den Mandanten, hat er den Punkt, auf den es hier eigentlich ankommt, übersehen. Wo die Umstände ergeben, daß der **institor** nach stillschweigender Uebereinkunft der Betheiligten als solcher contrahirt hat, da kann nicht von der Contractsklage gegen denselben die Rede sein, mag der Principal entfernt und unbekannt sein oder nicht.

2) In der juristischen Zeitung für Hannover B. 10. 1. S. 190 wird mit Recht bemerkt: der Mandatar mache sich ausnahmsweise per-

ob er und der Dritte ausdrücklich oder stillschweigend darin übereingekommen waren, daß er nicht für eigne Rechnung, sondern in seiner Eigenschaft als Stellvertreter handeln solle und wolle. Wo diese Uebereinkunft vorliegt, tritt keine Verbindlichkeit des Vertreters ein, sondern nur ein directes Verhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten. Wo die Uebereinkunft nicht vorliegt, tritt allerdings eine persönliche Verbindlichkeit des Vertreters ein. Wenn aber Savigny für diesen Fall behauptet, daß der Dritte stets die (in solidum gehende) actio institoria oder quasi institoria gegen den Geschäftsherrn anstellen könne, so kann ihm darin wieder nicht beigestimmt werden. Wo der Vertreter dem Dritten gegenüber nicht als Vertreter aufgetreten ist, wo derselbe dem Dritten gegenüber lediglich für eigne Rechnung contrahirt hat, da findet, wie oben gezeigt wurde, das römische Recht keinen Grund, dem Dritten eine in solidum gehende Klage gegen den Geschäftsherrn einzuräumen, und daß die Sache sich nach heutigem Rechte anders verhalte, läßt sich gewiß nicht behaupten. Das römische Recht hat hier wohl das Richtige getroffen, wenn es dem Dritten insofern eine Klage (nämlich die actio de in rem verso) zugesteht, als dem Mandatar eine Regreßklage gegen den Geschäftsherrn begründet ist. Will Savigny hier seine actio quasi institoria in ihrer Wirksamkeit auf dasjenige beschränken, was der Vertreter mit seiner Regreßklage fordern

---

sönlich verbindlich, wenn er in eignem Namen contrahirt habe, ohne dabei anzugeben, daß er als Mandatar handle.

könnte, wie es nach S. 62 fast den Anschein hat, so würde ich hier im Resultate mit ihm einverstanden sein. Eine derartige Beschränkung der actio quasi institoria in ihrer Wirksamkeit dürfte indeß der Natur dieses Rechtsmittels durchaus widersprechen.

Das Preußische Landrecht geht anscheinend von anderen Ideen aus. Es bestimmt in Theil I. Titel 13.:

§. 153. Wer mit einem Bevollmächtigten contrahirt hat, muß sich wegen der Erfüllung in der Regel an den Machtgeber halten.

§. 154. Hat der Bevollmächtigte bloß in eignem Namen contrahirt, so kann der Andere nur von ihm die Erfüllung fordern.

§. 155. Ausnahmen und nähere Bestimmungen bei kaufmännischen Geschäften sind im Kaufmannsrechte festgesetzt.

§. 156. Hat Jemand, der zur Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellt ist, dergleichen Geschäfte in seinem eignen Namen abgeschlossen; es ergiebt sich aber aus den zur Zeit des Contracts vorhanden und dem Anderen bekannt gewesenen Umständen, daß der Gegenstand der Verhandlungen wirklich Amtsangelegenheiten gewesen sind, so hat der Andere die Wahl, ob er sich an seinen Mitcontrahenten oder an die Casse oder Anstalt, welcher derselbe vorgesetzt ist, halten wolle.

Was §. 154. vielleicht noch zweifelhaft läßt, ergiebt §. 156. deutlich, daß nämlich der Vertreter, welcher den Con-

tract auf seinen eigenen Namen gestellt hat, stets persönlich belangt werden kann, wenn auch die Contrahenten stillschweigend darin einverstanden waren, daß der Vertreter nur als solcher contrahire. Es scheint mir dies eine unmotivirte Härte gegen den Vertreter zu sein. Daß im Fall des §. 156. nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts dem Dritten nur an die Casse, nicht an den Verwalter ein Anspruch zustehen würde, dürfte nicht zweifelhaft sein. Während der öffentliche Verwalter sagte: „ich contrahire," waren beide Contrahenten stillschweigend darin einig, daß damit nur gesagt sein solle: „ich der öffentliche Verwalter als solcher contrahire." Nur wenn besondere Umstände dies Einverständniß ausschließen sollten, würde eine persönliche Verbindlichkeit des Verwalters anzunehmen sein. Wenn demnächst ein preußischer Beamter für die von Preußen beabsichtigten Anlagen in der Jade und damit zusammenhängenden Straßenbauten im Auftrage seiner Regierung bei oldenburgischen Ziegeleibesitzern mit folgenden Worten Steine bestellt: „ich wünsche zwei Millionen Steine zu erhalten," so wird es den Ziegeleibesitzern, welche von den obwaltenden Verhältnissen genaue Kunde haben, in der That nicht einfallen, daß durch ihren Accept dieses Antrags jener Beamte ihnen persönlich obligirt worden sei.

Nach französischem Rechte (code civil art. 1797) kommt es darauf an, ob der Mandatar als solcher (en cette qualité) nicht darauf, ob er in eignem Namen contrahirt hat.

Zur Lehre

vom

Retentionsrechte.

Von

Dr. G. C. Groskopff,

Obergerichts-Anwalt und adv. fisci zu Oldenburg.

Oldenburg,

Druck und Verlag von Gerhard Stalling.

1858.

Vorwort.

Der Verfasser der gegenwärtigen kleinen Abhandlung war in seiner langjährigen juristischen Praxis schon öfter auf die Unklarheit und practische Schwierigkeit der Lehre vom Retentionsrechte aufmerksam geworden, und statt daß dieser Eindruck, wenn die Lehre richtig war, allmählig hätte schwinden sollen, ward er bei jeder neuen Gelegenheit nur gekräftigt. Die Lehre v. Savigny's über die Bedeutung des Retentionsrechts (s. S. 1.) mußte dem Verfasser insofern eine gewisse Befriedigung gewähren, als sie ihm eine Bestätigung der Richtigkeit seiner Auffassung im Allgemeinen bot; sonst aber sagte dieser Ausspruch noch zu wenig, um in ihm einen Haltpunkt gegen die Einzelnheiten der bisherigen Theorie gewinnen zu können; wie denn auch namentlich Sintenis, der in seinem Civilrecht Bd. 2. S. 167. dem Savigny'schen Ausspruche beipflichtet, dennoch in den Einzelnheiten fast allenthalben nur den Spuren Schenk's folgt. Die Theorie, welche dieser in Befolgung seiner Vorgänger aufstellt, enthält aber ein äußerst complicirtes Rechtsinstitut, das in seinen practischen Anwendungen die sonderbarsten Voraussetzungen haben und in seinem großen Umfange in unbegreiflicher Weise die disparatesten Rechtsverhältnisse unter sich vereinigen und unter gewisse allgemeine Grundsätze bringen soll. Auch unter den übrigen neuern Rechtslehrern haben sich selbst die angesehensten, wie Mühlenbruch, Puchta, Arndts, Seuffert, auch Böcking von den wesentlichen Beigaben der alten Lehre, soweit man es aus ihren

Lehrbüchern ersehen kann, nicht ganz frei gemacht. Man ist damit im Wesentlichen noch nicht weiter gekommen, als man bis dahin gewesen war, wie denn auch die neueste Abhandlung über diesen Gegenstand von G. Lenz, in Weiske Rechtslexicon Bd. 9. S. 377., welche dem Verfasser erst nach Vollendung dieser Arbeit bekannt geworden, im Wesentlichen beim Alten bleibt.

So wird denn hoffentlich dieser durch einen Rechtsfall veranlaßte Versuch eines Practikers, die Hauptparthien dieser Lehre einer Revision zu unterwerfen, nicht überflüssig erscheinen. Sollte er es erreichen, in die bisherige Verwirrung einige Klarheit zu bringen, so würde er dann Nachsicht und Entschuldigung zu finden hoffen, wenn es ihm nicht gelingen konnte, den Gegenstand mit der Gewandtheit und Gründlichkeit eines Theoretikers vom Fache zu behandeln und Irrthümer im Einzelnen zu vermeiden. Eine tüchtigere und berichtigende Behandlung des Gegenstandes wird dann gewiß nicht ausbleiben.

Oldenburg, Mitte November 1857.

Inhalt.

Seite

Einleitung. Litterarisches. Unzulänglichkeit der bisherigen Theorie . 1

§. 1. Die exceptio doli generalis und ihre Wirkungen, insbesondere für das Retentionsrecht 11

§. 2. Die exceptio doli wegen Impensen im arbitrario judicio, insbesondere bei eigentlicher rei vindicatio; ihre Gestaltung und ihre Folgen 15

§. 3. Der Grund, auf welchem diese exceptio doli (§. 2.) beruht. Ihr liegt kein Forderungsrecht zum Grunde, nicht einmal eine naturalis obligatio 21

§. 4. Die exceptio doli beruht hier vielmehr auf einem rein factischen Verhältnisse, indem der Beklagte dasjenige, was er in und mit einer fremden Sache vom Seinigen noch besitzt (detinirt), ungeachtet es nach Civilrecht bereits für ihn verloren seyn mag, behalten soll 25

§. 5. Die exceptio doli der hereditatis petitio gegenüber. Auch hier kann der Verlust der Impensen nur durch Einbehaltung vermieden werden; eine Klage wegen derselben oder auch nur eine naturalis obligatio findet auch hier nicht statt 28

§. 6. Aber selbst da, wo wegen der Impensen ein Forderungsrecht gegeben ist, liegt nicht dieses, sondern das factische Innehaben der Verwendungen der exceptio doli zum Grunde 32

§. 7. Die bisherige Lehre, daß das Retentionsrecht Connexität einer Forderung mit der zu retinirenden Sache voraussetze, ist also falsch.

Beleuchtung der l. 5. de dote praeleg. l. 5. Cod. in quib. caus. pign. l. 4. Cod. de commod.

Grund zur Beleuchtung der bisherigen s. g. Categorien der Connexität 34

§. 8. A. Fälle, in welchen das Retentionsrecht auf Verwendungen in die Sache oder in Beziehung auf dieselbe beruhen soll.

Beleuchtung der l. 39. §. 1. de minor. l. 5. §. 2. de doli mali exc. l. 21. soluto matrim. l. 17. de hered. pet. l. 58. eodem. l. 44. §. 1 de damno inf. l. 25. 26. de procurat. l. 13. §. 22. de A. E. V. l. 16. pr. de pignor. act. l. 7. §. 5. de reb. eor. qui sub tut. 35

Seite

§. 9. B. Für die s. g. Categorie der Connexität der Forderungen, welche aus demselben Rechtsverhältniß entstanden sind, auf welches das Recht zur Rückforderung der Sache sich gründet, läßt sich in den Quellen kein Fall nachweisen. Diese s. g. Categorie ist unbegründet.

Beleuchtung der l. 55. solut. matrim. l. 1. §. ult. de dote praeleg. u. l. 25. §. 4 solut. matrim. l. 21. ad S. C. Trebell. l. 16. pr. l. 80. §. 1. in f. ad leg. Falc. l. 18. §. 6. de peric. & comm. l. 94. pr. de solut. l. 1. §. 4. de contrar. tut. l. 13. pr. de usufr. l. 8 §. 1. de pignor. act. l. 18. §. 4. Commodati 48

§. 10. C. Nicht besser als mit der vorhergehenden Categorie steht es mit der, in welche diejenigen Fälle gehören sollen, in denen die Forderung durch die Sache ihre Entstehung und Begründung erhält.

Beleuchtung der l. 6. de damn. inf. l. 7. §. 2. eod. l. 8. de incend. ruin. l. 23. §. 7. 8. de aedil. ed. l. 18. §. 3. Commod. l. 8. de trit. vino, oleo 58

§. 11. D. Dasselbe gilt auch von der (vierten) Categorie derjenigen Fälle, in welchen die Sache durch Gesetz oder voluntas des Betheiligten in ein zu Gunsten der Forderung wirken sollendes Verhältniß gebracht ist.

Beleuchtung der l. 26. §. 4. de cond. ind. l. 1. pr. de pignor. l. 23. §. 1. de cond. ind. l. un. Cod. etiam ob chirogr. pec. 66

§. 12. Ergebniß der bisherigen Untersuchungen. Unterschied im formellen und materiellen Erfolge, je nachdem die Klage, wenn auch nur angebrachtermaßen, abgewiesen wird, oder das Urtheil das Recht des Klägers anerkennt, ihm aber das Retentionsrecht vorbehält. — Schon zur Zeit des Formularprocesses fand auch bei bonae fidei actiones, die auf Restitution einer Sache gerichtet waren, ein ähnliches Verfahren, wie bei arbitrariae actiones statt. Heutige Anwendung 71

§. 13. Das Retentionsrecht ist kein accessorisches Recht, soll auch nicht zur Sicherheit einer Forderung dienen, also namentlich nicht pignoris loco.

Beleuchtung der l. 13. §. 8. de A E. V. l. 5. de dote praeleg. l. 43. §. 3. de leg. (I.) l. 20 §. 1. qui testam. l. 15. de captiv. l. 2. §. 11. Cod. de postl. revers. 75

§. 14. Das Retentionsrecht kann daher auch nicht durch Cautionsleistung beseitigt werden. Ausnahmen 79

§. 15. Hat der Retinirende rücksichtlich der Verwahrung und Behandlung der Sache gleiche Obliegenheiten, wie der Pfandgläubiger? Beleuchtung der l. 30. de pignor. act. und l. 34. de damn. inf. 81

Seite

§. 16. Muß der Detentor auf rechtmäßige Weise zur Detention der Sache gekommen, oder m. a. W. bonae fidei possessor in diesem Sinne seyn? 86

§. 17. Wieweit ist zur Geltendmachung des Retentionsrechts Liquidität erforderlich? 89

§. 18. Das Retentionsrecht behält, falls der zur Klage auf Restitution der Sache Berechtigte in Concurs geräth, gegen die Concursgläubiger volle Kraft. In ganz anderer Lage ist der Faustpfandgläubiger 92

§. 19. Schluß. Resultate 98

Anhang.

Zu §. 4. l. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. und l. 59. de furtis 102

Zu §. 5. Ueber l. 49. §. 1. de negot gest. u. l. 17. u. l. 50. §. 1. de hered pet. und über die Ansichten Kämmerers und späterer Schriftsteller 103

Zu §. 8. Weiteres über l. 44. §. 1. de damno inf. und über die Ansicht Burchardi's 115

Zu §. 9. u. 10. Undenkbarkeit von Fällen der zweiten und dritten s. g. Categorie. Gegen Brinz's Ansicht über die exceptio doli und deren Entbehrlichkeit 117

Die Lehre vom s. g. Retentionsrechte hat im Laufe der Zeit eine große Reihe selbstständiger Bearbeitungen gefunden. *) Fast alle behandelten dasselbe als ein besonderes Rechtsinstitut, dessen Hauptzweck darin bestehen soll, ähnlich wie das Pfandrecht, wenn auch in geringerer Potenz, zur Sicherheit für eine Forderung zu dienen. Man hat hiervon auch dann nicht ablassen zu müssen geglaubt, als von v. Savigny **) darauf hingewiesen war, daß das Retentionsrecht nichts anderes ist, als eine Anwendung der exceptio doli, die sich von andern Anwendungen derselben nur factisch und zufällig unterscheidet. Schenk, in seiner angeführten Schrift, hat der Lehre noch eine sehr ausführliche Darstellung gewidmet. Er stellt darin das Retentionsrecht als ein „eigenthümlich geartetes" Recht hin, welches

> darin bestehen soll, die rechtmäßig in Besitz bekommene, einem Andern gehörige, Sache so lange an sich zu behalten, bis eine Forderung des Besitzers der Sache, welche entweder gleich ursprünglich mit derselben in Verbindung gestanden hat, oder nach gesetzlicher Vorschrift oder in Folge Vertrags mit ihr in Verbindung gebracht worden ist, befriedigt worden.

Nach ausführlicher Erörterung darüber, wie sich das so gestaltete Recht von andern an dasselbe grenzenden, wie vom Pfandrechte, von dem Einbehaltungsrechte des Verkäufers

---

*) M. s. die Litteratur bei Schenk, die Lehre von dem Retentionsrechte, Jena 1837.

**) v. Savigny, die Lehre vom Besitze §. 3.

(exceptio non adimpleti contractus), von der Compensation u. s. w. unterscheide, ob es erlaubte Selbsthülfe sey, kommt Schenk zu dem Schlusse: das Retentionsrecht sey ein accessorisches, untheilbares, persönliches, nicht subsidiaires Recht.

Die Ausübung des Retentionsrechtes setzt darnach voraus 1) einen dasselbe ertheilenden Rechtsgrund, 2) den Besitz 3) einer Sache, 4) eine Forderung, für welche das Retentionsrecht ausgeübt wird. Der Rechtsgrund wird in Vertrag, Testament oder Gesetz gefunden. — Der Besitz muß der Art seyn, daß eine fremde den Besitz entziehende Einwirkung darauf nicht möglich ist; selbst der Quasi-Besitz kann zur Grundlage dienen, und ein Beispiel für ein darauf gegründetes Retentionsrecht wird in l. 3. §. 17. de vi et vi armata (43. 16.) (!) gefunden. Aber der Besitz soll kein fehlerhafter seyn dürfen, denn nur dem bonae fidei possessor werde das Retentionsrecht zugesprochen. Auf der andern Seite soll das jus retentionis dann erst stattfinden, wenn die causa possessionis, mit welcher der Retinent zu besitzen begonnen, und auf deren Grund er zeither besessen, so sich gelöst hat, daß der Besitz dem Besitzer eigentlich nicht mehr gehören würde, falls nicht das Retentionsrecht dazwischen getreten wäre. — Die Sache, welche retinirt werden soll, darf nicht dem Verkehr entzogen seyn, sie muß dem „Retentionsgegner" gehören, wenigstens muß er Rechte auf deren Herausgabe haben. Die Retention der Sache eines Dritten kann dem Zweck des Retentionsrechts regelmäßig nicht dienen, weil die Rückhaltung einer solchen Sache den Schuldner des Retinenten nicht trifft, folglich nicht zur Sicherung der Forderung wirken kann, und nicht zum Impuls der Zahlung werden wird. — Das wichtigste Requisit aber soll in der Forderung bestehen, für welche das Retentionsrecht in Wirkung treten soll. Diesem Requisite sind alle übrigen nur dienstbar, ihm nur spenden sie ihre Kräfte. Diese Forderung darf nicht außer aller Verbindung mit dem stehen, welchem sein Gut vorenthalten werden soll. Es kann diese Verbindung aber auf doppelte Weise möglich werden, entweder durch das Verhältniß des

Andern als Schuldner der Forderung, oder dadurch, daß der Andere an seinem Gute dem Gläubiger für seine Forderung gegen diesen Schuldner ein Retentionsrecht bestellte, und sich auf diese Weise selbst in eine Beziehung zur Forderung setzte. Der Retentionsgegner ist darum nur derjenige, welcher auf die angegebene Weise mit der Forderung in Verbindung steht, und welchem deshalb Rechte auf Herausgabe der res retenta zukommen. — Die Forderung muß eine wahre, gesetzlich nicht reprobirte seyn, und kann auf bürgerliche oder natürliche, persönliche oder dingliche Obligatio sich gründen. — Endlich ist die Connexität der Forderung mit der zu retinirenden Sache ausnahmsloses Requisit zur Ausübung des Retentionsrechtes. Unter Connexität aber ist ein Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältniß der Forderung zur res retinenda zu verstehen. Diese Connexität ist in vielen Fällen schon ursprünglich mit der Forderung vorhanden, sie entsteht durch dieselbe, und noch obendrein in der Weise, daß die Sache selbst die mittelbare oder unmittelbare Veranlassung der Forderung ist. Eine solche Connexität enthalten die Gesetzesfälle der Retention a) wegen Aufwände, welche auf die res retinenda oder in Beziehung auf dieselbe gemacht worden sind, ferner b) die Fälle der Retention für eine aus demselben Rechtsverhältnisse entstandene Forderung, aus welchem die Pflicht zur Rückgabe der Sache resultirt, und c) die Fälle der Retention wegen einer durch die Sache erzeugten Forderung. Hieraus bildet Schenk drei verschiedene „Categorien der Connexität der Forderung", welcher er d) als vierte noch die hinzufügt, wo die Sache durch Gesetz oder den Willen des Betheiligten in ein zu Gunsten der Forderung wirken sollendes Verhältniß gebracht wird. Wir stoßen nämlich in den Gesetzen auch auf Fälle, „bei denen ursprünglich zwischen der Forderung und der res retinenda nicht die mindeste Verbindung stattfindet, diese Verbindung vielmehr entweder nur durch ausdrückliches Gesetz oder den Willen der betheiligten Personen positiv geschaffen wird, indem der res eine Einwirkung zu Gunsten der Forderung ausdrücklich zugewiesen worden ist, ohne welche also

eine Connexität zwischen debitum und res gar nicht vorhanden gewesen seyn würde. Hierher gehören die Fälle der Retention in l. 1. pr. D. de pignoribus (20. 1.), l. 26. §. 4. D. de condict. indeb. und selbst der Fall der l. un. Cod. etiam ob chirograph. pec. (8. 27.), ferner die Fälle des vertragsmäßigen Retentionsrechts, und eben so die alten retentiones ob liberos, mores, res donatas und amotas, indem sie eine Befriedigung ihrer Forderungen verfolgen, welche positiv an die dos dergestalt verwiesen worden war, daß bei unterlassener retentio auf andere Weise, etwa mittelst Klage, Befriedigung gar nicht mehr erholt werden konnte. Die positiv geschaffene Connexion kann also hier gar nicht verkannt werden. Auch liegen die Gründe zu einer solchen gar nicht so fern, da gewiß die Billigkeit wie das Recht dafür sprach, an einer Sache sich zu erholen, welche ursprünglich für die Folgen der Ehe mit haften sollte und zum Theil selbst verwirkt erschien. Hieher würde auch die Retention wegen eines Pfandrechts gehören, wenn sie als Fall unsers eigentlichen jus retentionis betrachtet werden könnte; allein einen Beleg für diese Unterscheidung bildet sie immer, da sie einen solchen Fall enthält, welcher, wenn er nicht schon durch besondere Rechte eigenthümlich ausgebildet und in die Sphäre eines andern Rechtsinstituts herübergezogen wäre, ein jus retentionis begründet hätte. Daß nun aber auch das durch l. un. C. cit. 8. 27. geschaffene Retentionsrecht ein jus retentionis solcher positiven Connexität sey, wird niemand zu widersprechen vermögen, da der Gesetzgeber, indem er das jus retentionis am Pfandobjecte auch wegen nicht im Pfandrechte begriffener Forderungen ertheilte, ausdrücklich bestimmt hat, es solle nicht bloß zwischen dem Pfandobjecte und der Pfandschuld, sondern auch zwischen jenem und noch andern Forderungen des Pfandgläubigers gegen den Pfandschuldner eine auch zu Gunsten dieser letztern Forderungen wirkende Verbindung eintreten, ganz auf ähnliche Weise, wie in lege 1. pr. D. de pignor. und lege 26. §. 4. D. de cond. ind. die als Pfand nicht gültige Sache und der nicht gültig in solutum gegebene fundus, welche beiden

Gegenstände offenbar ursprünglich nicht im mindesten eine Beziehung zu den in Frage befindlichen Forderungen gehabt haben, nach des Gesetzes Ausspruch zu Gunsten der fraglichen Forderungen eine Einwirkung gewinnen sollen. Ein Anderes ist, nach den Gründen zu forschen, aus denen der Gesetzgeber positiv diese Einwirkung schaffte, und ein Anderes, die geschaffene Einwirkung für die Quelle der Connerität zu erkennen. Unter solchen Umständen ist die l. un. Cod. 8. 27. nicht nur kein Beleg gegen das hier besprochene Requisit der Connerität, sondern nicht einmal eine Ausnahme von der Regel, vielmehr nur ein Beleg mehr dafür; jedoch ein Beleg des Inhaltes, daß es Fälle gebe, in denen das Gesetz die Connerität geschaffen hat, wo sie ursprünglich zwischen Forderung und res retinenda nicht vorhanden war. Wir müssen demnach, um klar und umsichtig bei der Frage nach der Connerität der Forderung das Urtheil geben zu können, scharf unterscheiden zwischen ursprünglicher und positiver Connerität." (Schenk §. 45.)

Dieser Ueberblick der Grundzüge der Schenck'schen Darstellung des Begriffs des Retentionsrechts wird genügen, um sofort gewichtige Bedenken gegen die Richtigkeit derselben anzuregen. Die hauptsächliche Quelle, aus welcher Schenk seine Lehre schöpft, beruht nicht etwa in eigentlichen römischen Gesetzen, oder im Edicte des Prätors, sondern in den Meinungen römischer Juristen, deren Aufgabe es doch nur war, das vorhandene Recht darzustellen und weiter zu entwickeln. Wie diese aber dazu gekommen seyn sollten, ein so complicirtes positives, von aller ratio juris abweichendes Institut zu schaffen, ist gar nicht abzusehen, und die Bedenklichkeit wird noch vermehrt, wenn man sieht, wie in den Quellen nur gelegentlich des Retentionsrechts gedacht wird, und dort die Anwendung stets als etwas Natürliches, sich von selbst Verstehendes sich findet, während kein römischer Jurist, so viel bekannt, es sich hat einfallen lassen, einem so wunderbaren und complicirten Institute eine eigene Darstellung zu widmen. Prüft man dann aber die Gesetzesstellen, auf welchen Schenk seine Theorie, insbesondere

seine „Categorien der Connexität“ gründet, so findet man bald, daß er meistentheils auf Gesetze sich beruft, in denen auch keine Spur von einem Retentionsrechte enthalten ist, und daß er im Mißverstehen derselben die heterogensten Dinge durch einander wirft. Im Laufe der nachfolgenden Untersuchung wird sich dies hinlänglich ausweisen.

Erheblich in der Theorie von Schenk abweichend ist Luden. *) Er setzt als erstes Erforderniß des Retentionsrechts den Besitz der Sache voraus, und zwar den juristischen Besitz. Zu solchem Besitzer werde auch derjenige, welcher in Gemäßheit Contracts nur Detention habe, vom Kläger dadurch gemacht, daß dieser statt der Contractsklage eine in rem actio gegen ihn anstelle. Nur aber vermöge eines Forderungsrechtes, und zwar einer in rem actio gegenüber, finde das Retentionsrecht statt, indem dies lediglich darauf beruhe, daß eine persönliche Verbindlichkeit größer sey, als die Pflicht zur Zurückerstattung einer fremden Sache. Es sey nämlich ebensowohl denkbar, daß ein Recht aus einer Pflicht, als der Fall, daß eine Pflicht aus einem Rechte entstehe, ja es dürfe behauptet werden, daß jedes bestehende Rechtsverhältniß entweder auf diese oder auf jene Weise entstanden sey. Eine Pflicht entstehe aus einem Rechte, wenn Jemand die Sache eines Andern besitze, und zur Verfolgung dieses Rechts diene die in rem actio. Dagegen entstehe das Recht aus der Pflicht, wenn Jemand, sey es durch einen Vertrag oder durch ein Delict, sich anheischig gemacht habe, einem Andern etwas zu geben oder zu leisten. Hier sey die Pflicht älter als das Recht; denn das letztere werde erst durch die erstere begründet, und darum müsse die Klage hier stets eine in personam actio seyn. Die Pflicht, durch welche das Recht des Gegners erst erzeugt worden, sey nun aber größer als die Pflicht, welche erst eine Folge des dem Gegner zustehenden Rechts sey. Dessen seyen die Römer sich vollkommen bewußt gewesen, und daher

*) Dr. Karl Luden, das Retentionsrecht, Leipzig 1839.

könne ein Retentionsrecht nur auf Grund eines Forderungsrechtes einer dinglichen Klage gegenüber geltend gemacht werden. Wenn nun das Retentionsrecht lediglich eine Folge des Verhältnisses jener beiden Rechte zu einander sey, so sey es auch unrichtig, demselben einen rechtlichen Zweck beilegen zu wollen; einen solchen habe dasselbe vielmehr gar nicht, also auch nicht den, dem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen. Auch sey es unrichtig, wenn man annehme, daß das Retentionsrecht auch wegen einer s. g. natürlichen Verbindlichkeit in Ausübung gebracht werden dürfe. Denn die Natur der natürlichen Verbindlichkeit bestehe darin, daß sie, so lange sie nicht befriedigt sey, rechtlich als gar nicht vorhanden, wenn sie aber befriedigt sey, als vorhanden gewesen erachtet werde. So werde denn auch von dem natürlichen Schuldner, gegen welchen die Compensation vorgeschützt werde, angenommen, er habe die Schuld schon bezahlt, und weil keine Zurückforderung des Gegebenen Statt finde, so sey die Einrede der Compensation auch gegen ihn zulässig. Diese Grundsätze könnten aber nicht auf das Retentionsrecht angewendet werden; denn hier werde nicht angenommen, es sey schon gezahlt, sondern es solle erst gezahlt werden. Wo aber Etwas erst geleistet werden solle, da könne von einer natürlichen Verbindlichkeit überhaupt noch keine Rede seyn; diese könne erst zur Sprache kommen, nachdem schon etwas geleistet sey. — Hiegegen könne auch nicht an das Retentionsrecht wegen Vergütung der nothwendigen und nützlichen Verwendungen erinnert werden; denn die Pflicht zur Erstattung derselben gehöre nicht zu den sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten. Vielmehr folge das Gegentheil, nämlich daß diese Verbindlichkeit rechtlich erzwingbar sey, aus den actiones contrariae. Der bonae fidei possessor habe allerdings keine Klage auf den Ersatz der Verwendungen, aber hierfür dürfe man den Grund nicht darin suchen, daß die Verbindlichkeit zur Vergütung eine natürliche sey, sondern lediglich darin, daß er durch das Recht der Retention gegen zu unbillige Nachtheile hinreichend gesichert sey. Gebe er, ohne von diesem

Rechte Gebrauch gemacht zu haben, die Sache, zu deren Besten er Kosten aufgewendet hätte, dem Eigenthümer, so müßten bei ihm dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, welche in Hinsicht auf den malae fidei possessor gelten. Da der Letztere wisse, daß der Eigenthümer der Hauptsache zugleich das Eigenthum an den Accessionen erwerbe, so müsse, wenn er gleichwohl die Verwendungen mache, von ihm vorausgesetzt werden, er habe nicht zu seinem, sondern zu des Eigenthümers Vortheile handeln wollen. Den Grund für diese Voraussetzung habe er dadurch selbst verschuldet, daß er auf eine Sache, die er als fremde kannte, Verwendungen gemacht habe. Auf dieselbe Weise habe auch der bonae fidei possessor, wenn er dem Eigenthümer die Sache zurückgebe, ohne zuvor seinen Anspruch auf seine Vergütung für die Verwendungen geltend zu machen, sich selbst die Schuld zuzuschreiben, wenn von ihm angenommen werde, er habe sich seines Anspruches begeben, und wenn er deshalb nach dem Verluste des Besitzes nicht mehr klagen könne. So lange daher der bonae fidei possessor Besitzer bleibe, so lange habe auch sein Anspruch auf die Vergütung, welchen er als Einrede gegen die rei vindicatio des Eigenthümers erheben könne, die Kraft eines wirklichen Forderungsrechtes, weil die Vergütung in Folge dieser Einrede erst geleistet werden solle.

Das Erforderniß der Connexität der Forderung zur retinirten Sache wird ferner von Luden eben deshalb abgesprochen, weil selbst in den Fällen des Retentionsrechtes, in welchen sich eine Connexität erkennen lasse, der Grund der Statthaftigkeit desselben nicht in der Connexität, sondern bloß in dem Unterschiede zwischen der Pflicht des Besitzers einer fremden Sache und deren Herausgabe, und der Pflicht des zu einer persönlichen Leistung Verbundenen zu suchen sey.

Da diese Ideen Luden's meines Wissens bisher wenig Zustimmung gefunden haben, und dieselben auch in ihrer Grundlage mit allgemein anerkannten Rechtsbegriffen im Widerspruche stehen, so wird im Laufe dieser Abhandlung nur hie

und da darauf zurückgekommen, im Ganzen aber die noch jetzt im Wesentlichen befolgte Lehre von Schenk und die sogleich zu erwähnende von Sintenis zum Gegenstande der Beleuchtung gemacht werden.

Andere Rechtslehrer, z. B. Puchta,*) und Arndt's **) stimmen zwar darin mit einander überein, daß das s. g. Retentionsrecht nichts als eine exceptio doli sey, welche der Beklagte wegen Gegenforderungen habe, wenn diese mit dem Anspruche des Klägers oder mit der Sache conner seyen. Allein der Begriff der Connerität bleibt dabei ganz unaufgeklärt, und es wird dabei zugleich auf Gesetzesstellen, wie l. 13. §. 8. de A. E. & V. (19. 1.) Bezug genommen, in denen überall kein Retentionsrecht zu finden ist.

Jedenfalls ist nun aber mit der Erkenntniß, daß das Retentionsrecht nur eine Anwendung der exceptio doli ist, und mit dem verworrenen und verschwommenen Begriffe der Connerität in seiner allgemeinen Hinstellung für die Rechtsanwendung sehr wenig gewonnen, daher andere Rechtslehrer, wie Seuffert und Sintenis ***) sich bemüht haben, dem Bedürfnisse durch genaueres Eingehen in die Lehre, vom neuesten Standpuncte aus, abzuhelfen, und insbesondere den Begriff der Connerität näher zu fixiren. Da es hier nicht die Absicht ist, auf eine umfassende Darlegung der neuesten, leicht zu Gebote stehenden, Litteratur dieser Lehre einzugehen, so mag es zur Grundlage und zur Vergleichung mit dem Folgenden genügen, die Darstellung von Sintenis hier folgen zu lassen.

Hiernach kann die exceptio doli unter Umständen die eigenthümliche Wirkung annehmen, daß der Schuldner die Erfüllung der Schuld, welche in Ueber- oder Herausgabe einer Sache besteht, die er noch inne hat, also diese so lange vorenthalten kann, bis der Gläubiger seinerseits eine Forderung

*) Pandecten §. 94. und Vorlesungen das.
**) Pandecten §. 102.
***) Sintenis, d. practische gemeine Civilrecht. Bd. 2. S. 167 ff.

des Schuldners an ihn erfüllt hat. Dies Retentionsrecht, welches nur ein Mittel zur Befriedigung des Gegenanspruchs ist, ähnlich dem Pfandrecht, welchem es daher verglichen wird, „hat eine doppelte Voraussetzung:

1) daß sich der Schuldner im Besitz der Sache befinde, welche Gegenstand der Leistung an den Gläubiger ist. Diese ist vorherrschend als eine dem Schuldner nicht gehörige zu denken, mag sie übrigens dem Gläubiger oder Dritten eigenthümlich zustehen, indem das Retentionsrecht in der Regel nur einer obligationsmäßigen Herausgabe (Restitution), nicht Uebergabe (Tradition) gegenüber tritt, und in den Fällen, in welchen die Uebergabe aus gleichen Gründen, wie hier die Herausgabe zur Zeit verweigert werden kann, der Inhalt der Vertheidigung, wenn auch wesentlich verwandt, dennoch meist eine andere Form annimmt. Der Besitz ist nun, soweit er dem Schuldner nicht gehörige Sachen betrifft, nur als ein Innehaben zu verstehen, doch muß er auf eine rechtmäßige Weise dazu gekommen, oder m. a. W. bonae fidei possessor in diesem Sinne seyn;

2) daß der Schuldner eine Forderung an seinen Gläubiger habe, welche mit der schuldigen Sache conner ist, d. h. daß diese zu jener in einer ursachlichen Beziehung steht. Dieses kann sich auf dreifache Weise äußern:

   a) wenn der Schuldner Verwendungen auf die Sache oder in Bezug auf sie gemacht hat, welche, oder soweit sie der Gläubiger zu ersetzen rechtlich gehalten ist;

   b) wenn die Gegenforderung des Schuldners aus demselben Rechtsverhältniß und darauf bezüglichen Handlungen und Ereignissen entspringt, aus welchem gegen ihn auf Herausgabe der Sache geklagt wird;

   c) wenn durch die Sache die Forderung selbst entstanden ist.

Treffen diese Voraussetzungen zu, so ist die exceptio doli in der Art begründet, daß der Schuldner nur gegen Befriedigung seiner eigenen Forderung die des Gläubigers zu erfüllen braucht, und bis dahin den Gegenstand der letztern zurückhalten kann, es sei denn, daß eine Zurückhaltung der Art ausdrücklich verboten wäre. Ob der Schuldner noch andere Mittel habe, um zu seinem Zweck zu gelangen, darauf kommt nichts an, und durch solche wird ersteres nicht ausgeschlossen."

Solche noch jetzt herrschende Lehre, welche in den meisten wesentlichen Beziehungen mit der Schenk'schen Theorie übereinstimmt, wird nun im Nachfolgenden vielfältigen Widerspruch finden. Wenn nämlich jene Lehre sich mehr um formelle und buntscheckige Sätze dreht, so soll hier der Versuch gemacht werden, sie auf eine einfache und klare materielle Grundlage zurückzuführen, die fremdartigen Beimischungen, welche sie auch noch jetzt mit sich führt, von ihr auszuscheiden und sie in den wesentlichsten Anwendungen ihrem Principe gemäß zu entwickeln. — Dem Leser mag aber damit gedient seyn, schon hier angedeutet zu sehen, daß die gegenwärtige Untersuchung zu dem Resultate führt, daß ein Retentionsrecht nur an einer fremden Sache stattfindet; daß es keine Forderung voraussetzt, noch weniger also Connexität einer Forderung mit einer Sache; daß es nur da stattfindet, wo Bestandtheile eigenen Vermögens mit Gegenständen eines fremden verbunden sind; daß es auch weder die Sicherung einer Forderung bezweckt, noch durch Cautionsleistung beseitigt werden kann. —

§. 1.

Die exceptio doli (generalis) hat im Römischen Rechte bekanntlich ein sehr weites Gebiet. Sie wurde hauptsächlich aber angewandt, um ein nach strengem Rechte stattfindendes Klagrecht als gegen die aequitas verstoßend zu bestreiten;

> Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

l. 1. §. 1. de dol. mal. exc. (44. 4.)

so wenn der Stellvertreter im Processe, welcher als dominus litis verurtheilt worden, mit der actio judicati in Anspruch genommen ward;

Puchta, Cursus d. Institut §. 156.

in Fällen, wo Tutoren, Curatoren und Administratoren öffentlicher Angelegenheiten statt des dominus negotiorum in Anspruch genommen wurden;

l. 43. §. 1. de administr. & peric. tutor. (26. 7.)

l. 15. Cod. eod. (5. 37.)

in Fällen, wo die negative consumirende Wirkung der Litiscontestation oder des Urtheils aus Gründen der aequitas beseitigt werden sollte,

l. 2. Cod. de judiciis (3. 1.)

l. 25. de administr. & periculo tutor.

Keller, Ueber Litiscontestation u. Urtheil §. 61.

oder wo die bonorum possessio dem Civilerben aufrecht erhalten werden sollte.

Gajus II. §. 119. 120.

Fabrizius, Ursprung u. Entwickelung der bonorum possessio S. 113 ff.

So haftete ferner der dominus aus dem Pactum seines Procurators und konnte sich umgekehrt darauf berufen; aber beides nur mittelst exceptio doli.

l. 10. §. 2. l. 11. l. 12. de pactis (2. 14.)

So hieß es denn allgemein: Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.

l. 12 de doli mali exc. (44. 4.)

Es konnte sogar in allen Fällen die exceptio doli gebraucht werden, wo sich sagen ließ, daß der Kläger eine an sich begründete Klage mit Unrecht anstellte, so daß jede exceptio in factum als doli exceptio gefaßt werden konnte.

l. 2. §. 4. 5. eodem.

Puchta, Cursus §. 170.

Zimmern, Röm. Rechtsgesch. Bd. 3. §. 94.

Aber umgekehrt reichte nicht in allen Fällen ſtatt der doli exceptio eine in factum exceptio aus, nämlich da nicht, wo dem Factum als ſolchem die zerſtörende Kraft in dieſem Umfange noch nicht eingeräumt worden.

Zimmern l. c.

l. 10. §. 2. l. 11. 12. de pactis (2. 14.)

Bei ſo großem Gebiete der exceptio doli *) mußte ihre Wirkung eine ſehr verſchiedenartige ſeyn. Wenn z. B. der dolus darin lag, daß der Kläger ein Recht in Anſpruch nahm, deſſen Exiſtenz den Grundſätzen der Aequitas widerſtritt,

l. 1. §. 1. l. 4. §. 2. de doli mali exc. (44. 4.)

oder weil ihm ein pactum de non petendo entgegenſtand, ſo mußte die Abweiſung der ganzen Klage die Folge ſeyn.

l. 1. §. 4. 5. eod.

Wenn dagegen der dolus nur theilweiſe das Recht des Klägers afficirte, z. B. weil einer Forderung von größerem Betrage die Compenſationseinrede aus einer Forderung von geringerem Betrage entgegenſtand, ſo mußte theilweiſe Condemnation, theilweiſe aber Abſolution erfolgen. **) Die exceptio doli konnte aber auch namentlich in arbitrariis judiciis die Folge haben, daß der Richter zunächſt die Reſtitution oder Exhibition der Sache dem Beklagten nur unter der Bedingung auferlegte, daß er die ihm entgegenſtehende Einrede des dolus beſeitige (§. 3.). Und damit gerathen wir auf das eigentliche Gebiet des Retentionsrechts. So wenig man aber allenthalben, wo in den Quellen von einer exceptio doli die Rede iſt, an ein Retentionsrecht denken darf, ſo wenig darf man es auch immer da, wo der Ausdruck retinere gebraucht wird. Dies Wort kommt nämlich ohne alle techniſche Bedeutung in den verſchiedenſten Anwendungen vor.

---

*) ſ. Archiv f. civ. Prax. Bd. 12. nro 20.

**) Nach älterm Rechte herrſchte bekanntlich in dieſer Beziehung größere Strenge.

Gajus IV. §. 120. seqq. §. 33. I. de action.

M. s. Schenk a. a. O. §. 2.
Luden a. a. O. §. 2.
Sintenis a. a. O. not. 76.

Wenn es z. B. in l. 4. de Compens. heißt:

> ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest,

so wird dabei gewiß ebensowenig an ein Retentionsrecht gedacht werden, als wenn es in l. 14. de fidejussor (46. 1.) vom Fidejussor heißt: interest ejus, pecuniam retinere potius, quam solutam stipulatori a reo repetere. In beiden Fällen behält der Beklagte, was er hat, aber nicht vermöge eines Retentionsrechts, sondern weil er überall nicht zu leisten schuldig ist. Ebenso ist es gewiß wenigstens höchst überflüssig, in Fällen, wie der l. 13. §. 8. E. V. (19. 1.) ein Retentionsrecht suchen zu wollen. Wenn der Käufer ex emto auf Uebergabe der Sache klagen will, muß er dem Verkäufer den Preis anbieten; unterläßt er dies, so wird er mit seiner Klage abgewiesen. Dies folgt aber aus der Natur des Kaufcontracts selbst, und es genügt dem Beklagten hier einfach die s. g. Einrede des nicht erfüllten Contracts, oder genauer genommen, daß der Beklagte läugne, daß der Kläger seiner Contractsverbindlichkeit nachgekommen sey. Will man darin, daß der Beklagte hier in Folge dieser Einrede seine Sache in Händen behält, mit

Puchta, Pandecten §. 94. not. 6.
Arndt's Pandecten §. 102. not. 1.
Böcking, Pandecten §. 127. not. 13.

und Andern ein Retentionsrecht finden, so wird man auch berechtigt seyn, es allenthalben da zu finden, wo der Beklagte die schuldige Leistung aus irgend einem rechtlichen Grunde vorenthält. Dann lassen sich aber auch aus der besondern Natur des Retentionsrechts herfließende allgemeine Rechtsgrundsätze gar nicht aufstellen, und es wird dann völlig überflüssig, in einem Handbuche des gemeinen Rechts des Retentionsrechts nur Erwähnung zu thun.

Von einem Retentionsrechte kann nicht da die Rede seyn, wo der Kläger, weil der Beklagte das Recht des Klägers, die Sache zu fordern, ganz oder zur Zeit in Abrede stellt, oder durch Einrede beseitigt, abzuweisen ist, sondern nur da, wo der Beklagte als rechtlicher Mann das Recht des Gegners zugestehen muß, und mit seiner exceptio doli nicht die Abweisung des Klägers bezweckt, vielmehr nur auf solchem Wege verlangen darf, nur unter dem Vorbehalte zur Restitution der Sache verurtheilt zu werden, daß ihm dagegen gewisse Bestandtheile seines Vermögens, die in der Sache stecken oder auf diese verwandt sind, vom Kläger ersetzt werden.

§. 2.

Wenn nun, wie bereits bemerkt, im Civilprocesse das Retentionsrecht in der Form der exceptio doli sich geltend macht, so möge der hieher gehörige Proceßgang und das einschlägige Proceßrecht zuvörderst näher ins Auge gefaßt werden.

Der rei vindicatio gegenüber steht bekanntlich dem Besitzer einer fremden Sache wegen aller auf diese gemachten nothwendigen Verwendungen die exceptio doli zu, und dem redlichen Besitzer auch wegen der nützlichen insofern, als dadurch eine Vermehrung des Sachwerths herbeigeführt und diese zur Zeit der Litiscontestation vorhanden ist. Gewähren aber die Verwendungen dem Vindicanten nicht einmal einen Nutzen, so soll es dem Beklagten freistehen, sie, wenn es ohne Beschädigung der Sache möglich ist und es ihm Vortheil gewährt, abzulösen und zurückzunehmen. Will der Kläger dies nicht zugeben und sich so auf Kosten des Beklagten bereichern, so hat der Beklagte gegen ihn wegen des Werths, welchen diese Verwendungen noch für ihn haben, auch hier die doli exceptio. Was aber nicht einmal zu den nützlichen Verwendungen zu rechnen sey, hängt von den in Betracht kommenden Personen und Umständen ab.

l. 27. §. 5. l. 38. de R. V. (6. 1.)

Leist, civilist. Studien II. §. 16. 17.

Wenn nun im Vindicationsprocesse der Kläger in der Verhand-

lung in jure seine Klage edirte und die petitoria formula beantragte, der Beklagte dagegen, weil ihm die Erstattung seiner Verwendungen verweigert wurde, die exceptio doli beanspruchte, so ward die Formel etwa folgendermaßen abgefaßt:

Annius judex esto.

Si paret fundum Cornelianum, de quo agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse (Intentio),

si in ea re nihil dolo malo A. Agerii (factum sit neque) fiat (Exceptio doli),

nisi eum fundum Num. Negidius A. Agerio arbitratu tuo restituet (Arbitratus de restituendo),

quanti ea res erit, Negidium Agerio condemnato, si non paret absolvito (Condemnatio).

vgl. Keller, d. röm. Civilproceß §. 28. 34 ff.

Puchta, Cursus der Institutionen §. 166—170.

Nachdem damit die Sache zur Aburtheilung an den judex verwiesen worden, mußte nicht nur der Kläger seine Intentio näher begründen und beweisen, sondern es lag auch dem Beklagten ob, wenn er eine Berücksichtigung seiner Verwendungen finden wollte, darzulegen und nachzuweisen, daß und welche Verwendungen von ihm auf die Sache gemacht worden. Sache des judex war es dann, wenn er sich von der Wahrheit dieses Vorbringens überzeugt hatte, zu beurtheilen, ob die Verwendungen der Art waren, daß ein Ersatz dafür vom Beklagten beansprucht werden konnte. Der Natur der actio arbitraria und dem Inhalte der Formel gemäß erfolgte dann nach Verhandlung der Sache der Ausspruch (pronuntiatio) des judex, wenn dieser die Intentio begründet erkannte, dahin, daß der Kläger Eigenthümer des fundus sey, womit er zugleich einen Befehl, arbitratus, jussus, an den Beklagten verband, dem Kläger den Streitgegenstand herauszugeben.

Wetzell, der röm. Vindicationsproceß S. 107 ff.

Keller, d. röm. Civilproceß §. 28 u. 66.

Leistete der Beklagte diesem Befehle dann Folge, so war damit die Sache erledigt, wobei der Beklagte dann in Gemäßheit der

Formel absolvirt ward; geschah dies aber binnen der gesetzlichen Frist nicht, so fand freilich zur Zeit des Formularprocesses eine Naturalexecution nicht statt;

v. Savigny, System Bd. 5. S. 123.

Wetzell a. a. O. S. 126 ff.

allein der Kläger wurde nunmehr auf weitern Antrag wegen dolus oder contumacia des Beklagten zum juramentum in litem gelassen, oder der Richter schritt in Ermangelung solchen Grundes zur Schätzung des Streitgegenstandes, und es erfolgte dann die Condemnatio, die Verurtheilung des Beklagten in den Geldwerth.

Eben weil aber die Condemnatio dadurch vermieden werden sollte, daß der Beklagte dem jussus de restituendo freiwillig Folge leistete, konnte es nicht genügen, daß der judex blos die Intentio als begründet anerkannte, sondern er mußte zugleich alles dasjenige feststellen, was außer der Hauptsache zur beiderseitigen Zufriedenstellung von der einen und andern Parthei zu leisten war. Namentlich mußte also der Richter seinen arbitratus mit über die vom Beklagten zu restituirenden Früchte erstrecken.

l. 35. §. 1. de R. V. Ubi antem alienum fundum petii, et judex sententia declaravit meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare. Eodem enim errore et de fructibus condemnaturum; non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit, alioquin, ut Marcianus ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui.

Außer den Früchten konnten das Interesse hin und wider, Cautionen u. s. w. zur Sprache kommen,

Puchta, Cursus §. 166.

und dahin gehören denn namentlich auch die Verwendungen, welche dem Beklagten zu erstatten waren.

l. 48. de R. V. Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo, qui praedium donavit, neque a domino peti possut:

verum exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant; etenim admissa compensatione superfluum sumtum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

ſ. auch §. 30. 31. I. de action. (4. 6.)

Es wurden alſo zunächſt die dem Beklagten zu reſtituirenden Verwendungen gegen die Früchte u. ſ. w. aufgerechnet, und nur das Reſiduum dem Einen oder Andern zu reſtituiren auferlegt, ſo daß, wenn es zur Condemnation kam, dieſes Reſiduum von dem Werthe der Hauptſache abgezogen oder ihm hinzugerechnet wurde.

Ein eigentlicher Befehl an den Kläger, dem Beklagten die Verwendungen oder deren Reſiduum zu erſtatten, konnte hier nun aber wohl bei dem jussus de restituendo nie ſtattfinden; ſondern der Richter machte die Verbindlichkeit des Beklagten zur Naturalreſtitution eben davon abhängig, daß der Kläger ihm dagegen ſeinerſeits die Verwendungen erſetze. *) Dies ergiebt ſich ſchon mit Nothwendigkeit aus der Natur der Sache, indem die Verwendungen keine obligatio, nicht einmal eine naturalis obligatio, auf Erſatz begründeten; überdies fehlt es aber auch nicht an Beweiſen dafür, daß der Richter die Befolhung ſeines arbitratus de restituendo von Bedingungen abgängig machte.

Wenn der Beſitzer einer Sache auf deren Herausgabe von einem Andern, der das Eigenthum derſelben in Anſpruch nimmt,

---

*) Sollte nicht anzunehmen ſeyn, daß der judex in allen ſolchen Fällen, ebenſo wie in

l. 26. de aedit. ed. (21. 1.)

den Beklagten habe caviren laſſen, er werde, wenn ihm der Werth der Impenſen binnen beſtimmter Friſt erſtattet werde, die Sache reſtituiren, um dann bei der desfälligen mora des Klägers ähnliche Folgen, wie im judicium redhibitorium (§. 10. n. 4.) eintreten zu laſſen? Die Sache mußte doch für den Beklagten endlich einmal ins Reine kommen.

belangt wird, und zugleich ein Dritter wegen derselben Sache eine gleiche Klage gegen den Besitzer erhebt, dieser aber einem von beiden judicis jussu die Sache restituirt, so läuft er Gefahr, auch gegen den Andern zu verlieren und diesem den Werth des Streitgegenstandes erstatten zu müssen. Hier soll der judex, welcher zuerst ein Erkenntniß abgiebt, ex officio dadurch für die Sicherheit des Beklagten Sorge tragen, daß er dem Sieger zu Gunsten desselben eine Caution auferlegt, indem es heißt:

„ „ „ „ Respondi, uter prior judex judicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui jubere, ut possessori caveret vel satis daret, si alter fundum evicisset, eum praestare.

l. 57. de R. V.

Oder wenn der Kläger, statt ebenfalls den Sclaven zu vindiciren, etwa mit einer Noxalklage wegen Diebstahls, den dieser gegen ihn begangen, auftritt, und der Vindicant zuerst ein Erkenntniß erlangt, und obsiegt, so soll der Richter über den andern Proceß nach l. 58. eodem ebenfalls für die Sicherheit des Beklagten sorgen.

„ non oportere judicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine judicium aecepisset; si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari.

Der Fall ist im Grunde dem analog, daß Jemand als Defensor für fremdes Eigenthum aufgetreten ist, oder zum Besten des Eigenthümers eine Caution übernommen hat. Der Richter soll daher, ungeachtet er nicht dazu durch eine in die Formel aufgenommene exceptio doli autorisirt worden, wegen der bei Verhandlung in judicio sich ergebenden Gefahr der Vermögenseinbuße für den Beklagten, von der gedachten Cautionsleistung dessen Restitutionspflicht abhängig machen.

Fast gleichlautend heißt es nun für den Fall, daß die exceptio doli wegen Baukosten, die der Beklagte auf das mit der actio hypothecaria vindicirte Haus verwandt hat, für begründet erkannt wird, in l. 29. §. 2. de pignorib. (20. 1.):

„ „ „ pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutum videri, id est cum jure pignoris; sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in exstructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est reciperent.

vgl. auch l. 23. §. 4. de R. V.

Daß hier unter cogere nur ein hypothetischer Zwang zur Herausgabe der Sache gemeint sey, welcher auf der Bedingung des jussus de restituendo beruht, und nicht damit auf directe Execution hingezielt werde, ergiebt sich schon aus dem Vorhergehenden. *)

s. auch l. 38. de R. V.:

Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur &c.

Durch den Befehl wurde also die Restitutionspflicht des Beklagten dahin bedingt, daß Kläger ihm seinerseits die Verwendungen zu erstatten hatte. Die beiderseitigen Leistungen mußten also Zug um Zug geschehen (reddat impensam, ut fundum recipiat), und erst wenn der Kläger sich seinerseits zur Erfüllung bereit gezeigt hatte, und der Beklagte dann dennoch die Restitution verweigerte, konnte die Condemnation erfolgen (Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas). Der Richter hatte alsdann die Verwendungen von dem Werthe

*) Das Wort cogere befaßt den allgemeinen Begriff des Nöthigen In diesem allgemeinen Begriffe kommt es z B. vor in
l. 3. §. 9. de negot. gest. (3. 5.)
l. 12. §. 1. quod met. causa (4. 2.)
sodann im speciellen Sinne des prätorischen Befehls in
l. 3. §. 3. de receptis (4. 8.)
l. 37. de fideic. libert. (40. 5.)
l. 19. de ritu nupt. (23. 2.)
l. 9. pr. de edendo (2. 13.)
l. 1. §. 2. ubi pupillus (27. 2.)

des Streitgegenstandes abzuziehen, und den Beklagten in den Rest zu condemniren.

l. 38. i. f. de R. V.

Durch die Zahlung dieses Judicats wurde der Beklagte dann Eigenthümer der Sache, falls bis dahin der Kläger es gehabt hatte.

l. 46. de R. V. l. 35. §. 2. eod.

Wenn dagegen schon während der Verhandlung der Sache sich ergab, daß der Beklagte den Gegenstand nicht herbeizuschaffen im Stande war, er aber, weil ihm eine Verantwortlichkeit dafür zur Last fiel, den Werth erstatten mußte, so schritt der Richter ohne vorgängigen arbitratus de restituendo sofort zur Condemnation,

Zimmern, der röm. Civilproceß S. 207.

bei welcher dann in Betreff der Früchte, Verwendungen u. s. w. dieselben Schätzungen, Aufrechnungen und Verurtheilungen statt finden mußten.

§. 3.

Es war nun auch hier die Aequitas, worauf diese exceptio doli wegen nicht erstatteter Verwendungen beruhte. Nach strengem Rechte geht nämlich dasjenige, was der Besitzer in gutem Glauben auf die Sache verwendet, gänzlich für ihn verloren. Wer z. B. ein fremdes Haus durch Ausbesserungen vor dem Einsturze bewahrt, wer ein fremdes Thier, welches er für das seinige hält, curiren läßt und dadurch vom Tode rettet, der hat zwar, wenn er die Absicht hatte, für den fremden Eigenthümer zu handeln, als freiwilliger Geschäftsführer das Recht, die Erstattung seiner Verwendungen zu verlangen; allein, wenn er solche Verwendungen in der Meinung gemacht hat, daß ihm selbst die Sache gehöre, wenn er also die Verwendungen zu eigenem Besten machen wollte, so fehlt es ihm nach strengem Rechte nicht allein an einer Klage, sondern an jeder Rechtshülfe, sey es, daß die Verwendungen gar nicht mehr in natura vorhanden, oder mit der Sache so verbunden sind, daß sie als

integrirende Theile derselben angesehen werden müssen. Darüber findet sich ein sehr klarer Ausspruch in l. 33. de Cond. indeb. (12. 6.):

> Si in area tua aedificassem, et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur; nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit, quum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse.

Es ist also damit deutlich ausgesprochen, daß Verwendungen solcher Art nicht im mindesten geeignet sind, den dominus zu verpflichten; er soll daher auch, wenn er in dem fremden Grundstücke, welches er besaß, Gebäude errichtet, und es hinterher mit diesen dem Eigenthümer übergeben hat, den Werth seiner Verwendungen nicht condiciren können. Das Verwendete war vielmehr ohne Weiteres in das Eigenthum des dominus übergegangen, ohne daß dieser zu einem Ersatze verpflichtet worden wäre, und mit der Uebergabe der Sache erlangte der dominus nur den Naturalbesitz dessen, was ihm schon gehörte, die Verwendungen mit eingeschlossen.

l. 7. §. 12. 13. de acq. rer. domin. (41. 1.)
l. 48. de R. V.

Eben weil der Besitzer gar nicht die Absicht hatte, sich einen Andern zu verpflichten, hat er sich auch Niemanden verpflichtet (nullum negotium contrahit),

> l. 14. §. 1. Comm. divid: — — — hoc enim in casu, ubi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui.

Er hat also kein Rechtsgeschäft vorgenommen, denn dieses setzt eine solche Handlung voraus, deren Absicht auf eine rechtliche Wirkung geht,

Puchta, Pandecten §. 49.

und daher kann von irgend einem rechtlichen Anspruche an den Eigenthümer der Sache gar keine Rede für ihn seyn.

Ganz anders verhält es sich mit dem, der eine Nichtschuld bezahlt; er will in Beziehung auf den Andern ein Rechtsgeschäft vornehmen,*) und eben weil er dies will, bei der Leistung aber eine falsche causa im Auge hat, kann er das so Geschehene rückgängig machen und das Gezahlte zurückfordern. Diese irrige Zahlung ist also selbst eine Art Rechtsgeschäft. **) Daher heißt es auch, im Gegensatze zu dem eben erwähnten Rechtsfalle, in

l. 40. §. 1. de Cond. ind.: Si pars domus, quae in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, et eam heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat; et si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici quasi plus debito dederit.

Hier stand nämlich der Erbe vermöge seines Antritts zum Fideicommissar in einem Obligationsverhältnisse quasi ex contractu, vermöge dessen er dem Letzteren die Erbschaft herausgeben zu müssen sich bewußt war. Wenn er also während seines Besitzes das abgebrannte Haus wiederherstellte, so geschah dies nothwendig mit Rücksicht auf die Erbschaft selbst, oder vielmehr den zu ihr berechtigten Fideicommissar. Er hatte also die Absicht, sich diesen zu verpflichten und nahm in Beziehung auf ihn ein Rechtsgeschäft vor. Als Verwalter und Inhaber der Erbschaft hatte er zugleich das Recht, bei Restitution derselben den

*) Errleben, die Condictiones sine causa Bd. 1. §. 4.

**) — — nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit. l. 33. cit.

Betrag der auf sie gemachten Verwendungen von ihr abzuziehen und zurückzubehalten,

l. 36. ad S. C. Trebell. (36. 1.)

und wenn er dies aus Versehen unterließ, so restituirte er dem Fideicommissar mehr, als ihm gebührte. Von diesem könnte man daher nicht, wie in dem vorhergehenden Falle, sagen, daß er nur das Seinige empfangen habe, vielmehr mußte er berechtigt erachtet werden, das irrig zuviel Gegebene zurückzufordern.

vgl. l. 5. §. 1. de impensis in res dotales fact. (25. 1.)

Wenn also dem unberechtigten Besitzer einer fremden Sache in l. 48. de R. V. dem Eigenthümer gegenüber jede Klage wegen der von ihm gemachten Verwendungen abgesprochen wird; wenn ihm nach l. 33. de cond. indeb. nicht einmal eine Condictio zusteht, soweit der Eigenthümer durch ihn bereichert ist,*) ja am Schlusse dieser Stelle gesagt wird, daß der Besitzer in keiner andern Weise, als durch Retention, seine Verwendungen behalten könne,**) so ist es klar, daß man ihm deshalb keinerlei Forderungsrecht gegen den Eigenthümer beilegen könne. Nicht einmal eine naturalis obligatio kann hier als vorhanden angenommen werden; denn diese würde dem Beklagten das Recht geben, mit den Nebenforderungen des Klägers zu compensiren,***) er würde also auch, sofern er dies irrig versäumt hätte, deshalb zur Condictio greifen können, — und doch wird ihm diese auf das Entschiedenste abgesprochen. Ja, der Besitzer müßte mit einer solchen Forderung gegen andere Forderungen des Eigenthümers compensiren können,

l. 6. de Compensat. (16. 2.)

---

*) Wer compensiren konnte und es versäumte, dem steht dagegen solche condictio zu.

l. 10. §. 1. de compens. (16. 2.)

**) so auch l. 14. de doli mali exc. (44. 4.):

Paulus respondit, eum, qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumtus consequi posse, quam si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.

***) l. 48. de R. V.

was doch m. W. bisher auch nicht einmal behauptet worden ist. Um aber dennoch die naturalis obligatio zu retten, hat man wohl zu der Ausflucht gegriffen, daß mit der Herausgabe der Sache auf die Forderung verzichtet werde; allein das wäre doch etwas so Singulaires, daß es sich ohne ausdrückliche Bestätigung der Quellen nicht annehmen ließe, und von solcher fehlt es an aller Spur. *) Selbst die Begründung einer naturalis obligatio erforderte hier doch eine Handlung, welche der Natur eines Rechtsgeschäftes zuzuschreiben wäre, während es im Gegentheil heißt: neminem obligare volui, — nullum negotium contrahitur, — nullo alio modo, quam per retentionem, impensas servare posse.

§. 4.

Liegt aber der exceptio doli des Retinirenden nicht einmal eine naturalis obligatio zum Grunde, so bleibt nichts als die Annahme übrig, daß sie lediglich zum Schutze eines factischen Verhältnisses ertheilt worden sey. Der Praetor ließ ja (§. 1.) factisch begründeten Verhältnissen, welche vom Civilrechte keine Anerkennung fanden, in stets ausgedehnterem Maße, wo nur die Aequitas ihnen das Wort redete, seinen Schutz angedeihen; er wählte dazu die verschiedensten Formen, und war mit seiner Hülfe bald karger, bald freigebiger, je nachdem die Umstände und der Geist seiner Zeit es geboten.

So schützte der Praetor auch den, der auf eine fremde in seinem Besitze befindliche Sache Verwendungen gemacht hatte, die er durch Entwindung der Sache nach Civilrecht verlieren sollte, und bediente sich dabei der Form der exceptio doli. So wenig hier aber vom Civilrechte eine Forderung des Besitzers anerkannt wurde, so wenig geschah es vom Praetor; er ertheilte vielmehr die exceptio doli mit unmittelbarer Rücksicht auf das

*) Wie daher Puchta, Sintenis und Andere in solchen Fällen eine Forderung des Retinirenden anzunehmen sich berechtigt halten, ist nicht zu ersehen.

factische Verhältniß, um den Besitzer dadurch bei Demjenigen zu erhalten, was er noch hatte, ungeachtet es nach den Grundsätzen des Civilrechts bereits für ihn verloren war. Es ist z. B. doch nicht zu verkennen, daß der unrechtmäßige, wenngleich gutgläubige Besitzer eines Landguts, der auf diesem die gänzlich verfallenen Wirthschaftsgebäude wieder hergestellt hat, mit dem Gute zugleich auch diese Verbesserungen besitzt. Ungeachtet nun diese Verwendungen rechtlich in das Eigenthum des Gutseigenthümers übergegangen sind, so hat sie doch factisch noch der Besitzer. Er hat also factisch noch nichts von seinem Vermögen verloren. Wollte nun der Eigenthümer ihn zwingen, ihm mit dem Gute die Verbesserungen herauszugeben, so würde er ihm, wenn man den streng juristischen Standpunkt bei Seite setzt, antworten: Du beweist Dich unbillig, wenn Du die Herausgabe eines Theils meines Vermögens von mir verlangst, blos weil es mit dem Deinigen verbunden ist. Eben dieser Verbindung wegen habe ich nicht weniger, als Du, Anspruch auf den Besitz des Ganzen; willst Du, daß ich Dir dieses herausgebe, so zahle mir erst Dasjenige, was von meinem Vermögen in das Gut verwendet ist und somit in diesem steckt, und wolle Dich nicht unbilligerweise auf meine Kosten bereichern. In pari causa melior est conditio possidentis. — So, scheint es, erklärt sich in einfacher Weise, wie der Praetor seine Rechtshülfe in Betreff der Verwendungen lediglich davon abhängig machen konnte, daß der, welcher sie gemacht, sich im Besitze der Sache erhalten habe, während er ihn völlig hülflos ließ, sobald jener diesen Besitz nicht mehr hatte, mochte er ihn freiwillig aufgeben, oder ihn sonst verloren haben. *)

Was hier aber von dem Falle der Gutsverbesserung, in

*) Wenn der Eigenthümer dem Besitzer die Sache entwendete, hatte dieser freilich wegen der Impensen, die er mittelst der exceptio doli gegen ihn hätte geltend machen können, die actio furti.

l. 53. §. 4. l. 59. de furtis (47. 2.)

Darüber unten ein Mehreres.

dem die Verwendungen noch sichtbar vorhanden sind, gilt, das muß auch für alle anderen Fälle der Verwendungen anerkannt werden. Wenn ein Sclav oder Thier durch Bezahlung ärztlicher Behandlung vom Tode errettet ist, oder wenn der Defensor die noxa dafür bezahlt hat,

l. 27. §. 5. de R. V.

so sind freilich die Verwendungen nicht in die Sinne fallend, aber wer die Verhältnisse kennt, weiß, daß das Thier schwerlich noch für den Eigenthümer da seyn würde, wenn sie nicht gemacht wären. Insofern kann also der Besitzer mit demselben Rechte sagen, daß er einen Theil seines Vermögens in das Thier gesteckt habe.

Leist a. a. O. §. 7.

Diese auf der Natur der Sache beruhende Auffassung findet sich nun bei genauerer Untersuchung auch in unsern Rechtsquellen. In der bereits (S. 17.) angeführten l. 48. de R. V. heißt es ausdrücklich, daß der Eigenthümer von dem b. f. possessor seines Grundstücks nicht die Herausgabe der Verwendungen verlangen dürfe, welche dieser auf dasselbe gemacht habe, daß ihm diese vielmehr in Gemäßheit der exceptio doli vom Richter zu bewahren, zu erhalten (servare) seyen. Dies deutet doch klar genug an, daß die Retention der Sache nur stattfinde, weil und sofern Verwendungen des Beklagten auf sie gemacht sind, und weil der Beklagte diese, da sie von der Sache untrennbar sind, behalten soll. — In gleichem Sinne wird in l. 11. Cod. de R. V. der Ausdruck servare sumtus gebraucht. — Ferner wird in l. 14. §. 1. Comm. divid. gesagt, daß ich die Verwendungen, welche ich auf ein Grundstück, während ich es für mein eigenes hielt, gemacht habe, durch exceptio doli retiniren kann. Also auch hier ist nicht unmittelbar von der Retention des Grundstücks, sondern von der Einbehaltung der Verwendungen die Rede, *) und man wird

*) Wenn dagegen in andern Stellen, z. B. l. 53. §. 4. de furtis bei solchen Verhältnissen schlechthin der Ausdruck possessionem retinere

anerkennen müssen, daß diese wiederholte Ausdrucksweise keine zufällige, sondern in der Natur der Sache begründet ist. Und so ist es auch zu verstehen, wenn ferner in dieser Stelle von meinem Käufer gesagt wird: impendiorum nomine, quae ego fecissem, ita ut ego poterat retentionem facere, et verius est ut et in hac specie impendia retineantur.

vgl. noch l. 50. §. 1. de H. P.
l. 21 ad S. C. Trebell. (36. 1.)
l. 4 Cod. eod. (6. 49.)

Demnach wird hier durch die exceptio doli dem Kläger entgegengehalten, daß er mit seiner Sache zugleich dem Beklagten Vermögenstheile desselben, welche dieser bis dahin besessen, aus den Händen winden wolle, um sich damit zu bereichern; daß er daher dem Beklagten dieses, obwohl es untrennbar mit dem Gegenstande seines Eigenthums verbunden und in dasselbe übergegangen, doch aus Gründen der Aequitas nicht entziehen dürfe, bevor er ihm nicht den Werth erstattet habe.

l. 23. §. 4. de R. V.: In omnibus igitur istis, quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus, quod accesserit, dare.

§. 5.

In ganz anderer Stellung befindet sich der Besitzer einer fremden Erbschaft der hereditatis petitio gegenüber. Hier gilt nach dem S. C. Hadrianum

l. 20. §. 6. de H. P.

---

u. dgl. gebraucht wird, so wird das hier nicht weiter in Betracht kommen können. Es wird darnach das eine Mal nur in den Vordergrund gestellt, daß die Impensen und folgeweise die Sache, das andere Mal, daß die Sache zurückbehalten werde, um nicht die Impensen zu verlieren. Daß aber die erstere Auffassung wiederholt und deutlich vorkommt, genügt zu der Annahme, daß dies die genauere sey.

das Princip, daß der b. f. possessor durch den Erbschaftsbesitz weder Schaden noch Vortheil haben soll. Hat er daher von den Erbschaftssachen oder deren Früchten etwas verbraucht, so hat er dies soweit zu restituiren, als er dadurch noch bereichert ist,

l. 25. §. 1. l. 40. §. 1. de H. P.

während der b. f. possessor rei alienae dem Eigenthümer gegenüber die consumirten Früchte, soweit er sie nicht auf die von ihm gemachten Impensen abzurechnen hat, unbedingt lucrirt.

Während demnach auch bei der rei vindicatio der b. f. possessor seine Impensen nur soweit in Anrechnung bringen kann, als der Kläger sich sonst durch sie bereichern würde, kann der Beklagte in judicio de hereditate verlangen, daß er durch seine Impensen nicht ärmer werde. Er hat daher ein Recht auf vollständigen Ersatz auch der nützlichen und zierenden Verwendungen.

> l. 25. §. 11. de H. P.: Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, vel perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt &c.

Auch der malae fidei possessor ist hier insofern in besserer Lage, daß er auch die nützlichen Verwendungen, soweit der Kläger sich durch sie bereichern würde, in Anrechnung bringen darf, während er wegen der zierenden nur, wie bei der rei vindicatio, das jus tollendi hat. Aber es ist außerdem noch insofern ein Unterschied zwischen ihm und dem b. f. possessor, daß er die Verwendungen jedenfalls nur insofern erstattet erhält, als die Sache, worauf sie gemacht worden, noch vorhanden ist, während Letzterer sie unbedingt von der Erbschaft abzieht.

l. 37. 38. 39. de H. P.

In letzterer Beziehung unterscheidet sich also auch wesentlich der

b. f. possessor hereditatis vom b. f. possessor beim Eigenthumsstreite. Jener zieht den Betrag seiner Impensen von der ganzen Erbschaft ab, ohne daß die Ausübung eines Retentionsrechts, mithin eine exceptio doli für ihn erforderlich wäre, und auch dem malae fidei possessor steht innerhalb der ihm gesteckten Grenzen dieselbe Befugniß zu.

l. 31. §. 3. l. 38. de H. P.

Der ausdrücklichen exceptio doli bedurfte es deshalb aber nicht einmal, der judex sollte hier den dolus schon ex officio berücksichtigen.

l. 38. h. t. l. 58. eod.

vgl. l. 12. §. 3. Cod. de pet. her. (3. 31.), §. 28. I. de act. (4. 6.).

Die Geltendmachung eines Retentionsrechtes würde für den possessor hereditatis also nur dann erforderlich werden können, wenn er sich nur im Besitze solcher körperlichen Sachen befindet, an denen er der Natur der Sache nach einen Abzug wegen seiner Impensen nicht machen kann,

vgl. l. 5. pr. de impens. (unten §. 13.)

und ferner dann, wenn der Kläger dem malae fidei possessor die Ausübung des jus tollendi in Betreff der blos zierenden Verwendungen nicht gestatten will. Einer ausdrücklichen exceptio doli bedurfte es hier aber, wie gesagt, nicht.

Daß nun aber die Mittel des Erbschaftsbesitzers, sich wegen der von ihm gemachten Impensen zu erholen, nicht weiter erstreckten, als daß er sich des Rechts der Deduction oder Retention bedienen konnte, und ihm keinerlei Forderungsrecht gegen den Erben deshalb zustand, ist schon deshalb anzunehmen, weil im Wesentlichen sein Verhältniß zur Erbschaft das nämliche ist, wie das des Besitzers einer fremden, titulo sigulari besessenen Sache, zu dieser. *) Die Verwendungen, welche er auf die

*) Dem steht auch l. 49. de negot. gest. (3. 5.) u. l. 17. l. 50. §. 1. de H. P. nicht entgegen; denn hier hat der Besitzer auf die Erbschaft gelegte Verbindlichkeiten erfüllt, und in der Meinung, daß er dazu verbunden sey, während es ein Anderer war; im Falle

Erbschaftssachen macht, gehen ebensowohl, wie bei jenem, in das Eigenthum des rechten Erben, als Eigenthümers dieser Sachen, über, und gerade wie jener restituirt er mit der Erbschaft und diesen zu ihr gehörigen Sachen zugleich die darauf gemachten Verwendungen, so daß der Erbe damit nur den Naturalbesitz dessen bekommt, was ihm dem Rechte nach schon gehört. Hier so wenig wie dort hat er, als er die Verwendungen machte, in der Absicht gehandelt, sich einen Andern zu verpflichten, und hier so wenig wie dort hat er, indem er die Erbschaftssachen herausgab, ohne Erstattung der Verwendungen zu erlangen, ein negotium contrahirt; er hat vielmehr mit der Herausgabe nur die Verbindlichkeit erfüllt, welche ihm nach Civilrecht oblag. Nur ist zwischen beiden Fällen der Unterschied vorhanden, daß die Erbschaft, als ein Vermögenscomplex, häufig selbst die Mittel zur Bestreitung der Verwendungen bietet, so daß der Besitzer sich aus solchen Mitteln wegen seiner Auslagen decken kann, wenn er die Erbschaft restituirt (... ut ipse quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciat .. l. 17. h. t.). Ja, da die Erbschaft meistens ein Gütercomplex ist, der in den Händen des Erblassers selbst die Mittel zur Herbeischaffung der erforderlichen Verwendungen auf einzelne zu ihr gehörige Sachen liefern mußte, so soll auch der Erbschaftsbesitzer, welcher die Vermögensadministration des Erblassers fortsetzt, nach l. 53. h. t. befugt seyn, einzelne Theile der Erbschaft zur Herbeischaffung der erforderlichen Mittel für nöthig gewordene Impensen, sowie zur Bezahlung dringender

---

der l. 49. §. 1. ist hier deshalb eine negot. gest. actio begründet, weil der frühere Besitzer auf sein Rückforderungsrecht gegen den Empfänger verzichtet und damit den Erben liberirt; im Falle der l. 50 §. 1, weil jener nach dem Willen und im Interesse des Erblassers gehandelt und damit gewissermaßen negotium hereditarium gerirt hat, während die l. 17. nur von dem Rückforderungsrechte des unrechtmäßigen Besitzers gegen den Empfänger des Legats und von seinem Rechte des Einbehaltens spricht. S. das Nähere unten im Anhange zu §. 5. vgl. Kämmerer in der Zeitschr. f. Civ. R. u. Proceß Bd. 8. n. 4.

Erbschaftsschulden gültig zu veräußern und sich somit auch wegen der von ihm bestrittenen Impensen selbst bezahlt zu machen. Ist dies aber nicht schon vor der Litiscontestation geschehen, so wird es unterbleiben müssen.

Damit sind wir denn aber auch zu der äußersten Grenze der Befugnisse des Erbschaftsbesitzers gelangt, und die citirte l. 33. i. f. de cond. indeb. sagt ausdrücklich: Et ideo constat, si quis, cum putaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse.

Ein eigentliches Forderungsrecht, welches durch die Bestreitung der Verwendungen entstanden wäre, muß also auch hier entschieden geläugnet werden.

§. 6.

Im Bisherigen wären wir also zu dem Resultate gelangt, daß in dem Falle, wo der, welcher eine Sache titulo singulari oder als vermeintlicher Erbe besitzt, dem Vindicanten derselben ihre Herausgabe aus dem Grunde verweigern kann, weil ein Theil seines Vermögens in derselben steckt und er dieses, weil er es factisch noch hat, auch behalten will, bis ihm dafür der gebührende Ersatz geworden; daß aber ein Forderungsrecht, sey es ein civiles oder naturales, wegen dieser Verwendungen nicht existirt.

Aber auch nicht blos wegen Verwendungen, die der Besitzer auf die Sache gemacht hat, findet ein Retentionsrecht statt, sondern in allen Fällen, wo derselbe zu der Behauptung berechtigt ist, daß ein Theil des Seinigen in der Sache stecke. So z. B., wenn der Legatar die Herausgabe einer Sache verlangt, woran der Erbe zufolge der lex Falcidia einen Abzug zu machen hat.

s. unten §. 9. sub 2.

Selbst in denjenigen Verhältnissen aber, wo der Detentor die Sache vermöge eines persönlichen Rechtsverhältnisses besitzt, und sich wegen des Seinigen, das dem Bisherigen nach mit der Sache verschmolzen seyn mag, mittelst einer Klage erholen

könnte, ist es ebensowenig das Forderungsrecht, welches durch Retention von ihm geltend gemacht wird, sondern auch hier ist es ebenso wie dort der Umstand, daß er das Seinige behalten und nicht mit der Sache einen Theil seines Vermögens aus den Händen geben und, wenn auch nur zeitweilig, entbehren will. In diesem Sinne heißt es in

l. 59. de furtis (47. 2.): Si is, qui rem commodasset, eam rem clam abstulisset, furti cum eo agi non potest, quia suum recepisset, el ille commodati liberatus esset; hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendi causas is, cui commodata res erat, habuit; nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit ejus potius per retentionem eas servare, quam ultro commodati agere; ideoque furti actionem habebit. *)

Dasselbe ergiebt sich aus der bereits angeführten l. 14 pr. §. 1. Comm. div. Hier wird gesagt, daß der, welcher auf ein gemeinschaftliches Grundstück, welches er für das seinige hielt, Verwendungen gemacht hat, sich nur dadurch schadenfrei halten kann, daß er die Verwendungen retinirt; wenn er aber, indem er die Verwendungen machte, auch den Miteigenthümer im Auge hatte, so soll ihm auch eine Klage ertheilt werden.

Quae cum ita sint, rectissime dicitur, etiam impendiorum nomine utile judicium **) dari debere mihi in socium etiam manente communione. Diversum est enim cum quasi in rem meam impendo, quae sit aliena aut communis; hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. At quum puto rem Tetii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio, quam est, id ago, ut alium mihi obligem; et sicut negotiorum gesto-

*) vgl. l. 15. §. 2. l. 53. §. 4. codem.

**) vgl. auch l. 8. pr. §. 1. de pignor. act. (13. 7.)

rum actio datur adversus eum, cujus negotia curavi. quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito.

ſ. auch l. 50. §. 1. de H. P. (5. 3.)
l. 8. pr. §. 1. de pign. act. (13. 7.)
l. 2. de lege Rhodia (14. 2.)
l. 1. pr. quib. modis pign (20. 6.)
l. 39. fam. hercisc. (10. 2.)

§. 7.

Damit stände denn fest, daß in allen Fällen, wo wegen Verwendungen, die auf eine Sache gemacht worden, oder weil der Besitzer in anderer Beziehung einen Theil seines Vermögens in der Sache stecken hat, das Retentionsrecht ausgeübt werden soll, das Daseyn eines desfälligen Forderungsrechtes gar nicht in Betracht kommt. Insofern ist also auch die bisherige Lehre, daß das Retentionsrecht eine Forderung voraussetze, die mit der Sache conner sey, durchaus unhaltbar. Mit dem Erfordernisse des Daseyns eines Forderungsrechtes schwindet zugleich auch das der Connexität. *) Der Begriff derselben ist

*) Sintenis a. a. O. not. 86. beruft sich namentlich auf
l. 5. de dote praeleg. (33. 4.)
l. 5. Cod. in quib. caus. pign. (8. 15.)
l. 4. Cod. de commodato (4. 23.)
um zu beweisen, daß da, wo es an Connexität der Forderung mit der Sache fehlt, das Retentionsrecht versagt werde. Allein die erste Stelle sagt ja weiter nichts, als daß das Retentionsrecht an der dos wohl dann stattfinde, wenn nothwendige Impensen vom Manne darauf gemacht werden, nicht aber wegen Schenkungen, die er ihr gemacht und welche die Frau ihrerseits erstatten müsse. Dieserhalb also hat der Ehemann eine Forderung an die Frau; allein solcher Forderung wegen kann er die dos nicht retiniren. Damit wird ja also weiter nichts bewiesen, als daß man nicht für Forderungen jeder Art, die man an den hat, welcher die Herausgabe seiner Sache verlangt, das Retentionsrecht ausüben könne, nicht aber, daß Connexität der Forderung zur Geltendmachung des Retentionsrechts vorausgesetzt werde.

Die zweite Stelle redet gar nicht vom Retentions-, sondern vom

überdies ein so vager und verschwommener, daß es in der That unmöglich ist, ihn in seiner Totalität zu erfassen.

Schenk hat sich daher auch nach dem Beispiele von Vorgängern veranlaßt gefunden, die Connerität in Categorien zu bringen, und Sintenus schließt sich diesem an. So verfehlt nun aber auch ein solcher Versuch schon dem Bisherigen nach erscheinen muß, so wird dieser Theil der Schenk'schen Schrift doch schon deshalb ein näheres Eingehen erfordern, weil das große Material von Belegstellen, welches hier zusammengebracht ist, die wesentliche Grundlage der ganzen so complicirten Lehre bildet. Es wird sich bei näherer Betrachtung dieser Stellen ergeben, wie wenig sie zu solcher Lehre geeignet waren, wie die meisten von ihnen nichts über Retentionsrecht enthalten und der Rest nur zur Bestätigung des im Obigen gefundenen Resultats dient.

§. 8.

Die erste „Categorie der Connerität der Forderung mit der res retinenda", welche Schenk aufstellt, befaßt in den §§. 56—61. die Fälle, „in welchen das Retentionsrecht auf Verwendungen in die Sache oder in Beziehung auf dieselbe beruht." Wiewohl nun diese Fälle bereits im Obigen im Allgemeinen beleuchtet worden und dort ein Retentionsrecht für sie als begründet anerkannt ist, so bringt Schenk hier doch manche Einzelnheiten vor, die einer näheren Prüfung nicht Stand halten mögten.

Pfandrechte des Vermiethers an den Invecten und Illaten, die er eben als Pfänder zurückbehält, wenn der Miethzins nicht bezahlt wird.

Die dritte Stelle wird noch unten §. 9. a. E. erwähnt werden; sie spricht eher gegen das angebliche Retentionsrecht wegen der Gegenforderung des Schuldners, aus demselben Rechtsverhältnisse, aus welchem gegen ihn auf Herausgabe der Sache geklagt wird. Sie stimmt im Grunde ganz mit der ersten Stelle überein.

Was zunächst die im §. 57. angeführte l. 1. Cod. si aliena res pignori data sit (8. 16.) betrifft, so wird von ihr weiter unten die Rede seyn.

1) l. 39. §. 1. de minor (4. 4.):

Vendentibus curatoribus minoris fundum, emtor extitit Lucius Titius et sex fere annis possedit, et longe longeque rem meliorem fecit: Quaero cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emtorem in integrum restitui possit? Respondi, ex omnibus, quae proponerentur, vix esse eum restituendum, nisi si) maluerit omnes expensas, quas bona fide emtor fecisse approbaverit, ei praestare, maxime cum sit ei paratum promtum auxilium, curatoribus ejus idoneis constitutis. *)

Die Stelle rührt von Scaevola her, zu dessen Zeit das Verbot der Veräußerung der praedia rustica und suburbana noch nicht existirte; der Verkauf des Grundstücks des Minderjährigen, welchen dessen Curatoren vorgenommen hatten, war demnach gültig. Wenn daher der Minderjährige sich durch den Verkauf benachtheiligt glaubte, so konnte er entweder von seinen Curatoren Entschädigung verlangen, oder gegen den Käufer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen. Allein der sich in gutem Glauben befindende Käufer hatte bereits bedeutende Verwendungen auf das gekaufte Grundstück gemacht, die Sache war daher bei Weitem nicht mehr in integro, **) denn die Sache hatte sich bereits so gestellt, daß die Restitution nicht ohne großen Nachtheil des Käufers ertheilt werden konnte, während der Minderjährige die Restitution auch allenfalls entbehren konnte —

s. v. Savigny, System Bd. 7. S. 153.

weil die Curatoren des Minderjährigen für die von ihnen zu leistende Entschädigung völlig solvent waren, und grundsätzlich

*) vgl. v. Savigny, System Bd. 7. S. 144. not. u.

**) l. 24. §. 2. de minor.

sollte die Restitution überall nicht ertheilt werden, wenn es zum Ersatz des Schadens ein ordentliches Rechtsmittel gab.

l. 16. pr. de minor.

Indessen mochte immer einiges daran gelegen seyn, den Verkauf wieder rückgängig zu machen, und so mochte die Restitution allenfalls ertheilt werden, wenn der Käufer, der eben in bona fide war, dadurch keinen unbilligen Schaden erlitt, und ihm also alle Verwendungen, die er auf das Grundstück gemacht, vorab erstattet wurden.

vgl. l. un. Cod. de reputationibus quae &c. (2. 48.)

Weil aber die Ertheilung der Restitution causa cognita durch den Praetor selbst geschah, und sie nicht Gegenstand der Entscheidung in judicio ordinario war, so kann hier an eine eigentliche exceptio in Betreff der Impensen gar nicht gedacht werden, vielmehr versagte der Praetor die Restitutionsertheilung, wenn nicht der Nachsuchende sich zur vollständigen Erstattung der Impensen bereit erklärte.

Dies Erbieten gehörte also mit zur Begründung seines Gesuchs, daher der Fall dem gleich zu setzen ist, wo die Klage wegen mangelnder Voraussetzungen von vorne herein verweigert wurde; *) während da, wo es sich um Ausübung eines Retentionsrechtes handelte, die ordentlichen Klagen ertheilt wurden, ungeachtet der Kläger die Erstattung der Impensen verweigerte, so daß der Beklagte diese dann auf dem Wege der Einrede erlangte, und vermöge dieser, einer an sich begründeten Klage gegenüber, ward ja erst die Retention herbeigeführt. Die Stelle liefert also zu unserer Lehre keinen Beitrag.

2) l. 5. §. 2. de doli mali exc. (44. 4.):

> Si donavi alicui rem, nec tradidero, et ille, cui donavi non tradita possessione in eo loco aedificaverit me sciente, et cum aedificaverit, nactus sim ego possessionem, et petat a me rem donatam, et ego excipiam, quod supra legitimum modum facta est, an de dolo

*) vgl. unten §. 8. n. 9.

replicandum est? dolo enim feci, qui passus sum aedificare et non reddo impensas.

Hier war eine Sache geschenkt worden, deren Werth zwar an sich nicht das von der lex Cincia gesteckte Maß überstieg, aber der Schenker hatte es geduldet, daß der Beschenkte sich im Vertrauen darauf, daß die Schenkung vollzogen werde, mit der Sache befaßte, und Verbesserungen daran vornahm, die den Werth derselben über jenes Maß hinaus erhöhten. Nachdem dies geschehen, nahm der Schenker die Sache, da er sie noch nicht tradirt hatte, wieder an sich. Der Beschenkte klagt jetzt, und der Schenker setzt ihm die Einrede entgegen, daß die Schenkung gegen die lex Cincia verstoße, und daher unwirksam sey. Hier soll diese Einrede vermöge der replica doli beseitigt werden, weil der Schenker sich nicht blos durch den Schaden des Beschenkten bereichern, sondern auch, weil er die aus dessen Vermögen herfließende Werthvergrößerung der Sache seiner Einrede zum Grunde legen will. Von einem Retentionsrechte ist also keine Rede. Die Ausübung desselben wäre ja auch, da der Kläger nicht im Besitze der Sache war, unmöglich gewesen, und eben deshalb kann die Stelle auch wol nur so, wie sie hier aufgefaßt ist, verstanden werden.

3) l. 21. soluto matrimonio (24. 3.):

Hier wird von Ausgaben gehandelt, welche der Ehemann für Rechnung der Frau aus den Mitteln der dos gemacht hat, um die nächsten Verwandten der Frau loszukaufen, somit eine Pietätspflicht derselben zu erfüllen Die dos wird hier durch Abzug gemindert und allenfalls ganz verzehrt. Von Verwendungen auf die dos ist hier aber gar nicht die Rede, sondern von Ausgaben, welche der Ehemann gültigerweise für Rechnung der Frau aus dem Dotalvermögen gemacht hat. Durch die doli exceptio soll eben nur die Abrechnung dieser Ausgaben von der dos gesichert werden.

vgl. §. 13. unten.

4) l. 17. de hered. pet. (5. 3.):

Ein Testator hat dem eingesetzten Erben auferlegt, einige seiner

eignen Sachen einem Dritten als Legat herauszukehren. Der Erbe tritt an und erfüllt diese damit übernommene Verpflichtung. Hinterher wird ihm die Erbschaft vom Intestaterben evincirt. Hier hat der Testamentserbe das Recht, das Gegebene als irrig indebite geleistet zurückzufordern. Weil aber der Empfänger insolvent seyn könnte, so soll er nach dem Geiste des S. C. Hadrianum keinen Schaden leiden. Zwar nimmt dieses keine Rücksicht auf das, was der Erbe, weil er sich durch die Erbschaft bereichert glaubte, von dem Seinigen mehr verzehrt hat, sondern nur so weit er Erbschaftsgegenstände, ohne bereichert zu seyn, consumirt hat;

l. 25. §. 12. de H. P.

allein im vorliegenden Falle hat der Beklagte eine Verwendung auf die Erbschaft*) gemacht, indem er eine auf sie gelegte Last abtrug; der Besitzer in gutem Glauben soll aber alle Verwendungen erstattet erhalten, einerlei ob sie dem Erben zum Nutzen gereichen oder nicht, daher soll er sich durch Einbehaltung von Erbschaftssachen befriedigen dürfen,

> ut ipse quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciat,

dagegen aber dem Erben seine Klage cediren. Die Stelle spricht also von der deductio, welche dem Erbschaftsbesitzer wegen seiner Verwendungen freisteht (§. 5.), nicht vom Retentionsrechte**), wiewohl hier unter Umständen ein Retentionsrecht vorkommen kann. (s. oben §. 5.)

l. 50. §. 1. eod.

---

*) Solche dem Willen des Erblassers zufolge gemachte Ausgaben sind Verwendungen auf die Erbschaft.
l. 50. §. 1. de H. P. l 21. §. 1. de negot. gest. (3. 5.)

**) Das retinere in der angeführten Stelle hat hier offenbar dieselbe Bedeutung, wie das oben (§. 1.) gedachte Retiniren mittelst Compensation und das unten zu erwähnende Retiniren der Quarta Falcidia.

5) l. 58. de H. P.:

Der Sohn hat nach seiner Entlassung aus der väterlichen Gewalt eine ihm zugefallene Erbschaft angetreten, weil ihm dies im Testamente seiner Mutter als Bedingung seiner Erbeinsetzung auferlegt war. Der Vater hatte diese Erbschaft bis dahin besessen und die Früchte davon gezogen; er hatte aber auch für den Sohn, der Senator war, die mit diesem Stande verbundenen Ehrenausgaben gemacht. Der Sohn, welcher die Herausgabe der Erbschaft verlangt, will sich einen desfälligen Abzug nicht gefallen lassen.

> quum paratus sit pater restituere hereditatem habita ratione eorum quae in eum erogavit.

Wenn hier nun freilich keine Verwendung auf die Erbschaft vorliegt, so hat der Vater doch zum Nutzen des Sohnes die Erbschaft (ihre Früchte mit eingerechnet, denn omnes fructus augent hereditatem. l. 20. §. 3. de H. P.) durch Aufwendungen verringert. Wenn der Sohn also mehr fordert, als ihm hiernach gebührt, so soll er damit, auch ohne daß eine exceptio doli gestellt wäre, nicht gehört werden, indem es schon, zumal die hereditatis petitio zu den bonae fidei actionibus gehört, im Officio judicis liegt, daß er solche Einwendungen des Beklagten berücksichtige. Von einem Retentionsrechte ist hier keine Rede, sondern von einem Abzuge an der Erbschaft. (§. 5.)

6) l. 44. §. 1. de damno inf. (39. 2.):

> Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominium cepit, deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult; non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi praestare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. Cur ergo non emtori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam emerit? Non recte haec inter se comparabuntur, quando is, qui emit, sua voluntate negotium gerat, ideoque diligentius a venditore sibi cavere et possit,

et debeat; quod non aeque et de eo, cui damni infecti non promittatur, dici potest.

Der Fall ist hier folgender: Nachdem der Nachbar primo decreto in possessionem missus ist, geschieht von Seiten des Eigenthümers des gefährdenden Gebäudes fortwährend nichts, um die Gefahr abzuwenden. Es bleibt jenem also nichts übrig, als selbst die Reparatur zu übernehmen, daher er auch die missio ex secundo decreto impetrirt. Nachdem dies geschehen und die Reparaturen beschafft sind, will der Pfandgläubiger des frühern Eigenthümers das Gebäude mit der actio hypothecaria vindiciren. Hier soll die Klage des Pfandgläubigers nur dann zugelassen werden, wenn er bereit ist, dem Immittirten die ausgelegten Reparaturkosten zu erstatten. Auf den ersten Blick muß es freilich auffallend erscheinen, daß dagegen dem bonae fidei possessor nach dem weitern Verlaufe der Stelle dem Pfandgläubiger gegenüber nicht ein gleiches Recht zusteht, ihm vielmehr gegen dessen Klage jede Einrede wegen solcher nothwendigen Verwendungen versagt werden soll, während dagegen doch nach

l. 29. §. 2. de pignor. (20. 1.)

dem bonae fidei possessor eines verpfändeten Grundstücks, welcher die auf demselben abgebrannten Gebäude wieder hergestellt hat, wegen dieser, nur nützlichen Verwendungen, soweit das Grundstück dadurch an Werth gewonnen hat, dem Pfandgläubiger gegenüber ein Retentionsrecht zugesprochen wird. Bei näherer Betrachtung mögte sich indessen der anscheinende Widerspruch folgendermaßen lösen lassen.

Der Vindicant ist der Regel nach die Verwendungen, welche der gutgläubige Besitzer der vindicirten Sache auf diese gemacht hat, nur soweit zu ersetzen verbunden, als ihm dieselben zum Nutzen gereichen und er sich durch die Zurücknahme der Sache, ohne dem Besitzer soweit die Verwendungen zu erstatten, auf dessen Kosten bereichern würde. Er muß daher dem Besitzer die nothwendigen Verwendungen ganz erstatten, weil sie erforderlich waren, um die Sache in ihrer Integrität zu erhal-

ten, und er sie selbst in diesem Umfange hätte machen müssen, wenn er im Besitze der Sache gewesen wäre. Die nützlichen braucht er aber auch nur soweit zu vergüten, als die Sache durch sie an Werth gewonnen hat und dieser Werth zur Zeit der Vindication noch vorhanden ist. — Vom Pfandgläubiger kann man dasselbe nicht sagen. Wenn ihm eine Sache hypothekarisch verpfändet wird, so darf er mit Recht und mit hinlänglicher Sicherheit erwarten, daß der Verpfänder, als der wahre oder vermeintliche Eigenthümer der Sache, die nothwendigen Verwendungen selbst mache, da er ja vorzugsweise bei der Erhaltung der Sache interessirt ist, ja vermöge des Pfandvertrags ihm gegenüber die Verbindlichkeit auf sich hat, die Sache in gutem Stande zu erhalten. Wenn hier also ein Dritter als Nachfolger des bisherigen Besitzers oder Eigenthümers ohne Zuthun des Pfandgläubigers titulo singulari eingeschoben wird, und von diesem dann nothwendige Impensen gemacht werden, so kann der Pfandgläubiger auf die desfälligen Ansprüche desselben mit Recht erwidern, daß ihm durch diese Dazwischenkunft des Beklagten und seine Verwendungen nicht der geringste Nutzen geleistet sey. Hätte er die Sache dem frühern Eigenthümer gelassen, so würde dieser ebenfalls wegen der nothwendigen Impensen keine Ansprüche haben machen können Dadurch, daß der Beklagte Nachfolger desselben geworden, dürfe seine, des Klägers, Lage nicht verschlimmert werden, und es sey die eigne Schuld des Beklagten, wenn er sich, als er die Sache freiwillig für sich erworben, nicht von seinem Auctor die üblichen Cautionen in Betreff etwaiger Vindicationsrechte Dritter habe bestellen lassen. — Wenn dagegen das nach der Verpfändung verkaufte Haus abgebrannt ist, so ist das Grundstück um so viel verschlechtert worden. Niemand hat hier, dem Pfandgläubiger gegenüber, die Verpflichtung, das Haus wieder herzustellen; er kann auch nicht einmal behaupten, daß der frühere Eigenthümer, sein Verpfänder, es gethan haben würde. Wenn hier also der neue Besitzer das Haus wieder herstellt, so leistet er damit dem Pfandgläubiger einen wesentlichen Nutzen, daher

dieser ihm nach l. 29. cit. bei der Vindication des Grundstücks so viel erstatten soll, als dasselbe durch den Neubau noch im Werthe erhöht bleibt. *)

Ungeachtet nun aber der Singularsuccessor des Verpfänders dem Pfandgläubiger des Letztern gegenüber wegen der nothwendigen Impensen keine Einrede haben soll, so macht doch die l. 44. §. 1. hievon scheinbar eine Ausnahme. Allein hier liegt die Sache ganz anders, als bei dem freiwilligen Singularsuccessor des Verpfänders. Weil nämlich diejenigen, welche bei der Erhaltung des baufälligen Hauses zunächst interessirt waren, also der Eigenthümer desselben, und in zweiter Reihe selbst der Pfandgläubiger, sich der Reparatur nicht annahmen, und diese auch selbst dann noch unterblieb, als der Nachbar primo decreto in den Besitz des baufälligen Hauses gesetzt worden war, so würde es ungerecht erscheinen, wenn der Pfandgläubiger, nachdem der gefährdete Nachbar endlich secundo decreto sich das Eigenthum des baufälligen Hauses hatte zusprechen lassen, und dann die zu dessen Erhaltung und zu seiner eignen Sicherheit erforderlichen Reparaturen vorgenommen hatte, nun hinterher diesem neuen Eigenthümer das Haus mittelst seiner Pfandklage abnehmen wollte, ohne ihm diese nothwendigen Reparaturen zu erstatten. Letzteres würde nicht allein unbillig, sondern wahrhaft ungerecht erscheinen, da ja eines Theils der Nachbar wider Willen in diese Lage gedrängt, andern Theils eben durch die Sorglosigkeit des vorigen Eigenthümers und seines Pfandgläubigers zu diesen Reparaturen genöthigt worden war und sie ohne ihn ganz unterblieben wären, so daß Letzterer daher auch nicht einmal behaupten konnte, es sey ihm durch die Dazwischenkunft des Immittirten nicht genützt worden. Es soll daher, wenn er klagend auftritt (creditor eas aedes

*) Die Erklärung, welche
Burchardi, im Arch. f civ. Prax. Bd. 20. n. 6.
über diese Stellen gegeben hat, ist, von ihrem Resultate abgesehen, wohl gar zu weit hergeholt und zu künstlich.

. . . persequi vult), auch nicht etwa seine Klage zugelassen und dagegen der Impensen wegen eine exceptio doli, wie sonst dem Besitzer der Sache gegen den Vindicanten derselben ertheilt, sondern es soll ihm die Klage von vornherein verweigert werden (inhibendam adversus me persecutionem). *) Der Beklagte beruft sich hier ebensowenig auf einen blos factischen Zustand, wie nach

l. 4. §. 9. de doli exc. (44. 4.)

der, welchem ein minor ein Sclavenkind geschenkt hat und dasselbe, nachdem der Beschenkte dadurch zur Alimentirung und Pflege des Kindes veranlaßt worden, dies hinterher vindiciren will, ohne dem Beschenkten die auf die Alimentirung des Kindes verwandten Auslagen ganz zu erstatten. Auch dieser soll wegen dolus mit der Klage abgewiesen werden.

Die von Schenk (S. 186.) ferner allegirten l. 14. §. 11. l. 32. pr. de relig. (11. 7), leg. 2. 10. 13. 49. de negot. gest. (3. 5.), l. 5. pr. de O. & A. (44. 7.) reden auch nicht einmal scheinbar vom Retentionsrechte.

7) Einer besondern Erwähnung verdienen noch leg. 25. 26. de procuratoribus (3. 3.), auf welche Schenk ein Retentionsrecht des Sachwalters an den ihm zur Führung des Processes von seinem Constituenten übergebenen Urkunden und Manualacten baut, überhaupt jedes Mandatars oder Procurators an den ihm für den Mandaten für den Zweck des Mandats übergebenen Sachen, um es so lange auszuüben, bis sie ihr Honorar erhalten haben. Die angeführten Stellen sprechen aber von etwas ganz anderem. In l. 16. seqq. h. t. ist von der translatio judicii die Rede, insofern nämlich in der Formel die condemnatio auf einen Procurator als Kläger oder Beklagten lautet,

Puchta, Cursus Bd. 2. §. 172.

---

*) Wäre dies nicht der Fall, fände hier die exceptio doli mit der Wirkung statt, die sie im Vindicationsprocesse wegen der Impensen hat, so würde sich hier ein Retentionsrecht an eigner Sache finden.

dieser damit dominus litis geworden ist und statt seiner jetzt ein anderer eingeschoben werden soll. Dies kann nur vom Praetor causa cognita aus hinlänglichem Grunde geschehen, (l. 17 ff.) wobei die Betheiligten, selbst der Proceßgegner, von ihm gehört werden.

l. 15. pr. h. t., l. 25. eodem, verbis: Sed si adversarius, vel ipse procurator dicat dominum mentiri, apud Praetorem haec finiri oportet.

Vor allen Dingen soll aber das eigene Interesse des Procurators hiebei geschont werden.

l. 25. in fine, l. 26.: Plane si dicat in rem suam se procuratorem datum, et hoc probaverit, non debet carere propria lite. Item si retentione aliqua procurator uti velit, non facile ab eo lis erit transferenda, nisi dominus ei solvere paratus sit.

Der procurator kann z. B. schon erhebliche Kosten auf den Proceß verwandt haben, für welche er dadurch sicher gestellt ist, daß er sie, wenn sein dominus nicht solvent ist und der Gegner condemnirt wird, direct von diesem mit der actio judicati beifordern,

l. 30. de procurat.

oder sie von dem auch nur theilweise erlangten Streitgegenstand einbehalten kann. Insoweit befindet er sich ganz in der Lage eines procurator in rem suam. Soll aber die lis auf einen Andern transferirt werden, so würde auch demnächst nicht die condemnatio zu Gunsten des bisherigen Procurators lauten, und er würde jenes Mittel seiner Befriedigung verlieren. Daher verlangt er mit Recht, daß ihm das dominium litis nicht eher entzogen werde, als bis ihm seine Auslagen erstattet worden.

Wenn nun gleich diese ganze Angelegenheit durch extraordinaria cognitio des Praetor erledigt wurde, und der Juder und eine demnächstige Sentenz nichts damit zu schaffen hatte, eine eigentliche exceptio doli also auch nie erforderlich seyn

konnte, so ist der Fall doch, wenn auch nicht der Form, doch dem Wesen nach ganz dem analog, wo der Besitzer einer fremden Sache diese wegen seiner darauf gemachten Impensen retinirt.

Ein Retentionsrecht der heutigen Advocaten und Procuratoren an den ihnen von der Parthei übergebenen Urkunden und Acten läßt sich aber auf jene Gesetzstellen schwerlich gründen. Es läßt sich überall aus dem römischen Rechte nicht herleiten, wenn man es nicht allenfalls auf die Actenstücke anwenden will, welche der eigenen Thätigkeit des Advocaten oder Procurator ihre Entstehung verdanken.

8) Ein Retentionsrecht des Verkäufers, welcher auf die verkaufte Sache nach dem Verkaufe nothwendige oder nützliche Verwendungen gemacht hat, ist nach den von Schenk (S. 197.) citirten Gesetzen nicht begründet;*) er bedarf dessen auch gar nicht, da der Ersatz derselben gleich dem Kaufpreise zu den Gegenleistungen des Käufers gehört,

l. 13. §. 22. de A. E. V. (19. 1.)

und dem Verkäufer deshalb nicht blos die exceptio non adimpleti contractus, sondern auch die actio venditi zusteht. **) Diese Einrede aber hat die Abweisung der Klage zur Folge.

l. 13. §. 8. de A. E. V. (19. 1.)

l. 57. pr. de aedil. ed. (21. 1.)

---

*) Die von ihm allegirte l. 40. de condition. (35. 1.) redet von dem Falle, wo der Erblasser dem Legatar einen fundus unter der Bedingung vermacht hat, daß er die Impensen, welche darauf gemacht werden, dem Erben erstatte. Sie gehört also gar nicht hieher.

**) Der Verkäufer verweigert hier die Tradition der ihm gehörenden Sache. Anders verhält es sich mit dem Miether, der auf die vermiethete Sache Verwendungen gemacht hat. In der Regel wird er freilich Gelegenheit haben, diese am Miethzinse zu kürzen,

l. 55. §. 1. l. 61. pr. locati (19. 1.)

wo das aber nicht der Fall, wird ihm die Retention, wenigstens wegen nothwendiger Verwendungen, nicht zu versagen seyn.

s. auch Seuffert, Archiv Bd. 6. n. 28. 149.

9) Erwähnung verdient auch noch das von Schenk (S. 198.) behauptete „Retentionsrecht desjenigen, welcher Geld zur wirklich erfolgten Abbezahlung des Gläubigers eines Mündels hergeliehen hat, an der ihm ungültig in Pfand gegebenen Sache" und (S. 199.) „des Käufers eines ungültig veräußerten Mündelsgutes an diesem wegen des zum Nutzen des Mündels verwendeten Kaufgeldes, sowohl der nothwendigen als der nützlichen Verwendungen halber, bis zu deren Befriedigung." Ein Retentionsrecht kann hier aber in keiner der angeführten Stellen gefunden werden. Die l. 16. pr. de pignor. act. (13. 7.):

> Tutor lege non refragante si dederit rem pupilli pignori, tuendum (.s c. pignus) erit; seilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est in curatore adolescentis vel furiosi.

spricht von einem gültig constituirten Pfandrechte, nicht vom Retentionsrechte. Der Tutor hat lege non refragante verpfändet, indem der Gegenstand nämlich kein praedium rusticum oder suburbanum war. *)

l. 1. §. 1. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt. (27. 9.) Hier galt die Verpfändung, weil das Veräußerungsverbot die Sache nicht traf, und der Mündel durch die Anleihe und deren Verwendung zu seinem Nutzen wahrhaft obligirt wurde. Eine Klage auf Restitution der Sache und selbst ein Antrag auf in integr. rest. war also unzulässig.

Die l. 7. §. 5. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.):

> Si obligaverit rem tutor sine decreto, quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus, sed tune, quum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor.

gehört eben so wenig hieher.

---

*) Die Veräußerung anderer Sachen ward bekanntlich erst von Constantin verboten.

l. 22. Cod. de adm. tutor. (5. 37.)

vgl. l. 3. Cod. si aliena res pignori (8. 15.).

Da hier durch die Zahlung eine Verwendung zum Nutzen des Mündels gemacht war, so fand deshalb gegen die Vindication der Sache zwar auch eine exceptio doli statt, aber nicht, um ein Retentionsrecht geltend zu machen, sondern weil der Mündel das in seinem Nutzen verwandte Geld zurückzugeben schuldig war, und er ein wahres Unrecht beging, wenn er dies nicht Zug um Zug gegen die Sache herausgeben wollte; es mußte dann Abweisung der Klage eintreten. *) In

l. 13. de rebus eor qui sub tut. (27. 9.)

heißt es auch ausdrücklich, daß das Geld zuvor offerirt werden solle, und in

l. 9. Cod. de usucap. pro emt. (7. 26.)

. . doli mali summovebitur exceptione. **)

In die übrigen Einzelnheiten dieses Abschnitts der Schenk'schen Darstellung einzugehen, wird hier nicht erforderlich seyn, indem das Uebrige sich nach dem Bisherigen von selbst ergeben mögte.

§. 9.

Als eine zweite „Categorie der Connexität der Forderung" stellt Schenk (§. 62 ff.) die Fälle hin, „in denen die Forderung aus demselben Rechtsverhältnisse entstand, auf welches das Recht zur Rückforderung der Sache sich gründet." Allein alle als zu dieser Categorie gehörigen Fälle, welche Schenk erörtert und auf welche Sintenis a. a. O. not. 89. sich beruft, können eine Abweichung von den oben hingestellten Sätzen nicht begründen, und es wird dieser Theil der Lehre ganz fallen zu lassen seyn.

1) l. 55. solut. matrim. (24. 3.): Quum mulier de dotis repetitione post solutum matrimonium agit, cavere debet marito, qui aedium nomine damni infecti cavit, si velit eam recipere, ut periculum mariti amoveat.

---

*) vgl. l. 1. Cod. si aliena res (8. 15.)

**) Eine ganz andere Erklärung giebt Sintenis, Handbuch des Pfandr. S. 216.

Wer wegen eines Gebäudes die cautio damni infecti übernimmt, macht damit schon eine Verwendung auf dasselbe; denn er belastet dadurch sein Vermögen mit einer Verbindlichkeit, die freilich noch von einem künftigen ungewissen Ereignisse bedingt ist, deren Bedingung aber jeden Augenblick eintreten kann. Die Uebernahme einer Verbindlichkeit ist immer eine Verkürzung des Vermögens, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

l. 28. de negot. gest. (3. 5.)

Die Zahlung aus solcher Caution wird in

l. 1. §. 3. de impens. in res dotal. fact. (25. 1.)

zu den nothwendigen Impensen gerechnet. Sofern aber die Zahlungsverbindlichkeit im vorliegenden Falle noch ungewiß ist, können der Ehemann oder dessen Erben einen Gelderſatz noch nicht verlangen, wohl aber, daß die Frau sie von der übernommenen Verbindlichkeit befreie, indem sie statt jener die Caution übernimmt, oder wenigstens cavirt, die Defension (als procurator in rem suam) und damit die Zahlung übernehmen zu wollen, wenn jene Caution dies erforderlich machen sollte.

l. 40. §. 3. de H. P. (5. 3.)

l. 19. de R. V. (6. 1.)

Denn mehr kann ja auch der Mandatar mittelst der actio contraria nicht verlangen, wenn er Verbindlichkeiten zum Besten des Mandanten übernommen hat.

l. 45. pr. §. 2. 5. mandati (17. 1.)

So lange nun die Ehefrau diese auf den Dotalgegenstand gemachten Verwendungen nicht in geeigneter Weise ersetzt, steht ihr die Einrede der Retention allerdings entgegen.

Gar nicht hieher gehören

l. 1. §. . ult. de dote praeleg. (33. 4.) und

l. 25. §. 4. solut. matrim. (24. 3.),

wonach der Ehemann, welcher den fundus dotalis auf längere Zeit noch verpachtet hat, diesen der Ehefrau nicht herauszugeben nöthig hat, bevor ihm nicht Caution geleistet worden, daß er schadlos gehalten werden solle, wenn ihm aus der seit Auf-

lösung der Ehe fortlaufenden Pacht etwas zur Last gelegt werde, bezw. daß die Frau den Pächter nicht in der Pacht stören wolle. Der Mann hat hier die längere Verpachtung dem Dotalrechte gemäß vorgenommen, und ist daher die Frau, wenn sie die Caution verweigert, mit der Klage abzuweisen. *)

2) Der Erbe hat wegen der falcidischen Quart ein Retentionsrecht an den Erbschaftssachen, zumal wenn die Erbschaft keine Bestandtheile enthält, von welchen er den Werth der Quart entnehmen kann. **)

l. 21. ad S. C. Trebell (36. 1.): Heres cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit, nec cavit sibi stipulatione proposita; ***) similem eum esse, Aristo ait, illis, qui retentiones, quas solas habent, ommittunt, sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere, vel nancisci, et adversus agentem doli mali ex-

*) Denn so lange diese Caution nicht geleistet wird, muß dem Manne die Möglichkeit verbleiben, selbst dem Pachter das Erforderliche zu praestiren. Indem der Mann deshalb die Herausgabe des Dotalgrundstücks verweigert und die klagende Parthei des dolus beschuldigt, liegt darin schwerlich die Absicht der Ausübung eines Retentionsrechtes; vielmehr ist diese Cautionsleistung als eine Bedingung der Zulassung der Klage zu betrachten. Der Mann besaß ja die dos vermöge eines Vertragsverhältnisses, das ihn zu solcher Verpachtung auf mehrere Jahre berechtigte; es liegt daher in diesen Vertragsverhältnissen selbst, daß die Frau, wenn sie den Dotalgegenstand zurückfordert, ihrerseits mit der Erfüllung desjenigen, wozu sie nicht blos der Billigkeit, sondern schon dem Rechte nach verbunden ist, vorangehen muß. Die wirksame Vorschützung der exceptio doli hat aber ja der Regel nach die Abweisung des Klägers zur Folge, und es liegt nicht der mindeste Grund vor, davon hier eine Ausnahme zu machen und ein bloßes Retentionsrecht anzunehmen. — Ob eine solche Abweisung auch im Falle der l. 55. cit. geboten wäre, ist hier nicht weiter zu untersuchen.

**) Die meisten Stellen, welche Schenk hier citirt, sprechen nicht vom Retentionsrechte, sondern vom eigentlichen Abzuge und so gestaltetem Zurückbehalten der Quart, wofür auch hie und da das Wort retinere angewandt wird.

***) s. unten l. 1. §. 6. si cui plus quam per leg. Falc. licuerit (35.5.)

ceptione uti posse eum, et debitoribus denuntiare, ne solveretur.

l. 16. pr. ad leg. Falc. (35. 2.): Si ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, ex reliquis Falcidiam plenam per doli exceptionem retinere potest etiam pro his, quae jam data sunt.

§. 1. Sed et si una res sit legata, cujus pars soluta sit, ex reliquo potest plena Falcidia retineri.

l. 80. §. 1. i. fin. eod.: Haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali.

Es ist klar, daß der Erbe hier das Retentionsrecht ausübt, weil ihm ein Theil des Werths der Sache gebührt, die er, wenn die Sache theilbar wäre, von ihr abziehen und behalten dürfte.

s. oben l. 21. cit.

(vgl. unten (§. 13.) l. 5. pr. de impens. in res dot.)

Um nun zu behalten, was ihm gehört, behält er die ganze Sache, bis der Legatar ihm den Werth seines Antheils bezahlt (partem aestimationis inferat).

Der Erbe kann aber auch, wenn die Berechnung der Quart wegen Illiquidität des Erbschaftsbestandes oder aus andern Gründen noch nicht thunlich ist, sich erbieten, das Legat unverkürzt gegen Cautionsleistung herauszugeben,

l. 1. pr. §. 6. si cui plus, quam per leg. Falc. lic. (35. 3.)

und kann, wenn diese verweigert wird, der Erbe auch die Caution nicht etwa blos verlangt, um den Legatar zum Aufgeben seines Anspruchs zu veranlassen, die Herausgabe des Legats verweigern.

§. 6. eod.

In diesem Falle würde aber nicht ein Retentionsrecht ausgeübt, sondern die Klage als unzulässig zurückgewiesen. *) Wenn dagegen die Verhältnisse der Art sind, daß sich die Falcidia bereits berechnen läßt, der Legatar sich aber weigert, die Quart herauszukehren, so steht seiner Klage die exceptio doli entgegen, in Folge deren der Erbe die Sache bis dahin retinirt, daß der Legatar das Nöthige zu leisten bereit ist.

Also auch hier hält der Erbe die Sache blos deshalb zurück, weil ein Theil des Seinigen darin steckt.

3) Wenn der Käufer einer Sache durch die Klage eines Dritten mit Eviction bedroht wird, so kann er die Bezahlung des Kaufpreises vorenthalten, bis ihn der Verkäufer durch Caution sicher gestellt hat.

l. 18. §. 1. de peric. et comm. (18. 6.)
l. 24. Cod. de evict. (8. 45.)

Allein dies ist eine Verweigerung der Gegenleistung aus zweiseitigem Contracte, darauf beruhend, daß der Kläger seinerseits noch nicht alles geleistet hat; **) sie hat mit dem Retentionsrechte nichts gemein.

4) l. 94. pr. de solut. (46. 3.):
Si is cui nummos debitor solverit alienos nummis integris (i. e. non consumtis) pergat petere, quod sibi debetur, nec offerat, quod accepit, exceptione doli summovebitur.

---

*) Dem Legatar steht jedoch bekanntlich auch frei, die actio communi dividundo anzustellen, oder incertam partem zu vindiciren, so daß erst in judicio ermittelt werden muß, was er gegen Herausgabe der Sache zu erstatten habe. Hier wird also nothwendig ein arbitratus erfolgen, und damit auf Seiten des Erben ein Retentionsrecht begründet werden. Die intentio lautete etwa: „quantum paret fundi Corneliani Auli Agerii esse."
vgl. l. 5. de R. V.

**) Auf solche Cautionsleistung hatte der Käufer bekanntlich ipso jure Anspruch.

Nicht jede exceptio doli ist auf ein Retentionsrecht basirt, und wohl nur ihre Verbindung mit dem vorliegenden Fall ist es, welche hier ein solches Recht hat annehmen lassen. Wenn ich aber die Zahlung einer Schuld verweigere, welche aus meinem Vermögen erfolgen soll, weil der Andere mich durch sein rechtswidriges Verhalten dazu berechtigt, so ist das nie Ausübung eines Retentionsrechts. Die Rechtswidrigkeit liegt aber darin, daß der Andere mir die Zurückgabe fremden Geldes vorenthält, welches durch ein unter uns beabsichtigtes Rechtsgeschäft an ihn gekommen ist. Er muß entweder diese Zahlung als genügend annehmen, oder die Handlung rückgängig machen; denn es ist klar, daß ich dem Eigenthümer des Geldes für dasselbe verantwortlich bin, und wenn ich das Geld bona fide weggebe, mit einer condictio, sonst aber mit der actio ad exhibendum resp. actio furti von ihm in Anspruch genommen werden kann.

l. 11. §. 2. de R. C. (12. 1.)

l. 4. de R. V. (6. 1.)

Wenn nun auch der Andere der Vindication des Geldes ausgesetzt ist, oder, wenn er es mit dem seinigen vermischt oder consumirt, ebenfalls mit jenen Klagen belangt werden kann,

l. 11. §. 2. cit.

so handelt er doch widerrechtlich, wenn er abermalige Zahlung von mir verlangt, ohne mich von der Gefahr zu befreien, den Eigenthümer des fremden Geldes aus meinen eigenen Mitteln befriedigen zu müssen. Die Einrede muß hier daher auch zur Abweisung der Klage führen (summovetur). Vgl. §. 8. zu 9.

5) „Das Retentionsrecht des Pfandgläubigers an dem Pfande, welches er besitzt, wegen der mit der actio pignoratitia contraria zu verfolgenden Ansprüche, für welche das Pfandrecht nicht haftet." Wäre dieser Satz richtig, so würde das Retentionsrecht allerdings ein viel größeres Gebiet haben, als ihm

oben eingeräumt worden; *) denn die mit der actio contraria zu verfolgenden Gegenansprüche können ja auf andern Gründen, als gerade auf gemachten Verwendungen beruhen, indem z. B. der Debitor mir eine fremde oder mangelhafte Sache übergeben, oder wohl gar durch seine Leistung mich zu Schaden gebracht hat.

l. 1. §. 2. l. 9. pr. l. 22. §. 4. l. 36. de pignor. act. (13. 7.)

l. 61. §. 1. 3. de furtis (47. 2.)

Allein nirgend ist in diesen Stellen, welche Schenk für seine Behauptung anführt, auch nur eine Andeutung des Retentionsrechts enthalten, vielmehr wird darin nur auf die actio contraria verwiesen, während in l. 8. pr. §. 1. de pignor. act. von Verwendungen auf die verpfändete Sache die Rede ist und es nur hier heißt: non tantum retentionem sed etiam contrariam pignoratiam actionem habebo.

6) Mit den Retentionsrechten, welche S. dem Geschäftsführer, Mandatar, Commodatar, überhaupt allen denjenigen Gläubigern zuschreibt, denen wegen Gegenansprüche eine Gegenklage gegeben ist, sobald sie mit der actio directa auf Herausgabe der Dinge belangt werden, die sie in Folge des fraglichen Geschäfts in Händen haben, steht es ebenso. **)

Denn die von Schenk hier allegirten Stellen, welche größtentheils bereits im Obigen vorgekommen, ergeben ein so ausgedehntes Retentionsrecht nicht, und sprechen sogar meistentheils von etwas Anderem als von diesem.

---

*) Es wird hiebei noch von dem spätern Rescripte Gordian's (s. §. 11. n. 5.) abgesehen.

**) In dem Rechtsfalle in
Seuffert Archiv Bd. 3. n. 196.
hatte der Spediteur auf den Transport der Waaren Spesen vorgeschossen, für welche dieselben retinirt werden sollten. Dieser Vorschuß war aber als Verwendung auf die Sache anzusehen, ohne welche diese an dem Bestimmungsorte nicht hergestellt werden konnte.

7) Das „Retentionsrecht des Vormundes an den Sachen seines Mündels wegen Gegenansprüche aus der Vormundschaftsführung" ist eben so wenig in den von Schenk hier angeführten Stellen zu finden; sie sprechen nur von der actio contraria des Vormundes und von dem ihm zustehenden Rechte der Compensation. Letzteres namentlich in l. 1. §. 4. de contrar. tut. (27. 4.):

> Praeterea si tutelae judicio quis convenietur, reputare potest id, quod in rem pupilli impendit; *) sic erit arbitrio ejus, utrum compensare an petere velit sumtus.

f. auch l. 3. §. 8. eodem.

8) Ein Retentionsrecht des Locators an der res locata ist ebenfalls gesetzlich nicht begründet. Schenk stellt hiefür im §. 28. den Fall auf, daß der Miether der Sache Schaden zugefügt habe, und die Sache zufällig, während der Miethzeit schon, dem Vermiether wieder zu Händen kommt. Hier soll dieser nicht eher die Sache herauszugeben schuldig seyn, als bis ihm der Schaden vom Miether erstattet worden. Allein wo ein solcher Fall vorläge, in welchem der Schaden vor Ablauf der Miethzeit erstattet werden müßte, würde der Vermiether nur die Einrede des nicht erfüllten Contracts resp. die actio locati haben.

9) Ein Retentionsrecht des Proprietars gegenüber dem Usufructuar an der dem Nießbrauche unterworfenen Sache bis zur Stellung der cautio usufructuaria giebt es eben so wenig. Durch die in l. 13. pr. de usufructu (7. 1.) gedachte Cautionsleistung ist die Ausübung des Usufructus bedingt.

> Si usufructus legatus sit non prius dandam actionem usufructuario, quam satis dederit, se boni viri arbitratu usurum fruiturum,

---

*) Hier ist nicht gerade gemeint, was der Vormund auf eine Sache des Pupillen verwandt, sondern überhaupt, was er zum Besten desselben ausgegeben hat.

vgl. fast alle Stellen des Titels.

und der Eigenthümer kann daher den Gegenstand vindiciren, wenn er dem Usufructuar hingegeben ist, ohne daß dieser zuvor Caution geleistet hat. *)

l. 12. Usufructuarius quem adm. cav. (7. 9.)

Dies hat doch die Bedeutung, daß dem Legatar der Nießbrauch noch gar nicht zukommt, während er bei bloßer Aufgebung oder Versäumniß eines Retentionsrechts nur zu dem gelangt seyn würde, was ihm von Rechtswegen gebührte.

10) Ein Retentionsrecht der Ehefrau an dem Vermögen des Ehemannes zu solchen Zwecken, wie Schenk (S. 228.) angiebt, nämlich „für Forderungen an dem Vermögen ihres Ehemannes, für welche sie kein Pfandrecht hat, welche aber aus dem Eheverhältnisse so herrühren, daß sie in diesem ihren Grund haben, z. B. wegen der Anforderung als Erbin, der Anforderung der Alimente, des Witthums ꝛc.", ist durchaus unbegründet. Wenn Schenk es damit begründen will, daß hier, wo das Klagrecht auf Herausgabe des Vermögens auf das Eheverhältniß zurückzuführen ist, offenbar Connexität der Forderung vorliegt, zumal dieselbe aus diesem Vermögen selbst zu befriedigen seyn werde, so beweist S. damit nur, zu welchen Abwegen seine Theorie zu führen vermag.

---

*) Ebenso verhält es sich, wenn der Legatar das ihm bedingt hinterlassene Legat fordert, und er hiezu unter Cautionsleistung berechtigt seyn würde. In dem in

Seuffert, Archiv Bd. 9 n. 319.

erwähnten Falle fand ein solches Erbieten zur Cautionsleistung gar nicht statt, weil hier der Eintritt einer positiven Bedingung zu erwarten war.

Arndt's Pandecten §. 538.

Der Kläger hätte daher nicht, wie es sonst richtig geschah, abgewiesen werden sollen, weil noch keine Caution geleistet war, sondern weil er auch in deren Voraussetzung zur Klage nicht berechtigt war.

11) Die von Schenk noch allegirte

l. 8. §. 1. de pignor. actione (13. 7.)

Si pignori plura mancipia data sint, et quaedam certis pretiis ita vendiderit creditor, ut evictionem eorum praestaret, et creditum suum habeat, reliqua mancipia potest retinere, donec ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum. cf. l. 22 §. 4. eod.

gehört ferner eben so wenig hieher, wie die oben (§. 9. unter 1.) erwähnte l. 55. solut. matrim; denn das Retentionsrecht, dessen sie gedenkt, beruht auch hier, wie dort, auf einer Verwendung auf die Sache, nämlich den Gegenstand des Pfandrechts. Das Pfandrecht an den Sclaven ist ein ungetheiltes, und erst durch Vornahme des Verkaufs einiger derselben und dadurch herbeigeführte Befriedigung des verkaufenden Gläubigers wurden die übrigen Sclaven vom Pfandnexus befreit. Diese Befreiung, welche dem verpfändeten Schuldner zum Besten gereichte, konnte aber nur dadurch herbeigeführt werden, daß die beim Verkaufe nöthige Caution geleistet wurde. Ja, hätte der Gläubiger diese nicht leisten wollen, so hätte er billiger verkaufen müssen, es wäre also zur Herstellung seiner Befriedigung der Verkauf einer größern Anzahl von Sclaven erforderlich geworden, so daß man sagen kann, die Uebriggebliebenen seyen dem Schuldner durch jene Cautionsleistung gerettet worden.

Zur Aufrechthaltung dieser Categorie der Connexität ist also von Schenk nicht das Mindeste beigebracht.

Glück, Commentar Bd. 15. S. 126.

sucht dieselbe dadurch zu retten, daß er sich außer einigen andern schon beleuchteten Stellen auf

l. 18. §. 4. Commodati (13. 6.)

Quod autem contrario judicio consequi quisque potest id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis &c.

beruft. Er meint, unter diesem jus pensationis könne gar wohl

das Retentionsrecht verstanden werden, und W. Fornerius habe dies auch schon bemerkt. Allein wie wenig es Glück, der sich wohl nur durch den Wunsch nach einer Belegstelle verleiten ließ, hiemit Ernst ist, beweist Bd. 13. S. 465. seines Commentars, wo dieselbe Stelle gewiß ganz richtig dahin erklärt wird, es sey hier der Fall gemeint, wo sofort der Werth der Sache Gegenstand der Klage geworden, wo also auch die Compensation des Geldwerths der Gegenansprüche völlig zulässig erscheine. Solcher Gegenansprüche erwähnt noch der eben vorhergegangene §. 3. der l. 18., in welchem eben nur der actio contraria gedacht wird.

vgl. Schenk S. 220 f.

Wäre es wahr, daß die Römer weiter gegangen wären, als oben zugegeben worden; daß sie auch dem, der mit der actio contraria zu verfolgende Gegenansprüche hat, die nicht in Impensen bestehen, ein Retentionsrecht eingeräumt hätten, so müßten sich davon in den Quellen die deutlichsten Spuren finden. Daran fehlt es aber gänzlich, während im Gegentheil für einen hieher gehörigen Fall allgemein gesagt wird:

Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.

l. 4. Cod. de commodato (4. 23.)

§. 10.

Nicht besser als mit der vorhergehenden Schenk'schen „Categorie" steht es mit der, in welche diejenigen Fälle gehören sollen, in denen „die Forderung durch die Sache ihre Entstehung und Begründung erhielt." Schenk erläutert dies noch näher dahin, daß hier solche Fälle gemeint seyen, bei denen die Sache selbst und nicht irgend ein anderes sie begleitendes Verhältniß die Erzeugerin und Begründerin der Forderung sey, für welche retinirt werden solle. Die Sache müsse nicht in passiver Verbindung zu der That der Erzeugung der

Forderung stehen, sondern sie selbst müsse active Bedeutung für deren Entstehung gewonnen haben, und zwar eine solche, daß von dieser Activität die Forderung das Resultat sey.

Sehen wir näher hin, so finden wir auch hier, daß die verschiedenartigsten Fälle in bunter Mischung zusammengeworfen werden, um daraus einen Begriff zu abstrahiren, der sich auch in keinem einzigen derselben wiederfindet.

a. „Wenn eine fremde Sache mir Schaden zugefügt hat, den der Eigenthümer der Sache zu ersetzen verbunden ist, so kann ich diese in meinen Besitz gekommene Sache so lange retiniren, bis meine Forderung auf Schadensersatz und Verhütung des künftigen Schadens befriedigt wurde." Allein

1) die dafür angeführte l. 6. de damno inf. (39. 2.) sagt weiter nichts, als daß ich mitunter nach Zufügung eines Schadens keine Klage auf Ersatz habe, wenn nicht vorher deshalb Caution geleistet worden; so könne namentlich der Eigenthümer eines baufälligen Gebäudes, von welchem Trümmer auf mein Grundstück gefallen, nicht einmal zur Wegräumung derselben genöthigt werden, wenn er diese nur derelinquire. Die Stelle beweist also im Gegentheil, daß durch den Einsturz des baufälligen Gebäudes und den dadurch dem Nachbarn verursachten Schaden keine Forderung entsteht, wenn nicht vorher deshalb cautio damni infecti geleistet worden (non interposita antea cautione). Nicht einmal zur Wegräumung der Trümmer soll der Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes angehalten werden können, wenn er nur dieselben derelinquirt.

2) Dasselbe sagt l. 7. §. 2. mit dem Hinzufügen, daß aber dem dominus aedium, wenn er die Trümmer zurücknehmen wolle, dies nur dann freistehe, wenn er alle hinwegräume, auch das, was gar keinen Werth habe, und zugleich für den entstandenen und den künftigen Schaden cavire.

Es ist hier also ohne Weiteres ein Recht der Rückforderung gar nicht vorhanden; dies ist vielmehr dadurch bedingt, daß der Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes sich zum Schadens-

ersatz erbietet und dafür cavirt. Erst dadurch wird eine Klage begründet, und ohne das Daseyn einer Klage kann es auch kein Retentionsrecht und keine exceptio doli geben. Wer, ohne sich darauf zu berufen, daß er die Caution geleistet habe, auf Zurückgabe der Trümmer klagen wollte, würde schon vor der Einlassung abzuweisen seyn. Sobald aber die Klage durch Cautionsleistung begründet ist, muß auch, ohne daß wegen des entstandenen Schadens ein Retentionsrecht stattfände, die Herausgabe erfolgen, während umgekehrt der Nachbar, wenn die Caution nicht geleistet wird, die Trümmer occupiren kann, allenfalls um sie sich zur Entschädigung dienen zu lassen.

Ja, von einem Retentionsrechte kann hier um so weniger die Rede seyn, weil der Eigenthümer des benachbarten Grundstücks durch das Herüberfallen der Trümmer nicht einmal ohne Weiteres Besitzer (Detentor) derselben wird. Er kann dessenungeachtet dem Eigenthümer deren Hinwegnahme verweigern, weil er Herr des Grundstücks ist, auf dem sie liegen, er kann also auch, ohne Besitzer zu seyn, unter Cautionsleistung auf Gestattung der Wegnahme belangt werden. *)

3) Ganz wie mit den Trümmern des benachbarten Gebäudes verhält es sich aber auch mit einem Fahrzeuge oder Floße, welches von der Gewalt der Elemente auf mein Grundstück geworfen ist und dort Schaden angerichtet hat,

l. 8. de incendio, ruina (47. 9.):

Ratis vi fluminis in agrum meum delatae non aliter potestatem tibi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.

l. 5. §. 4. ad exhib. l. 9. §. 3. de damno inf.

4) Es wird ferner Bezug genommen auf

l. 23. §. 8. de aedil. edicto,

*) Es findet dieserhalb nach l. 4. §. 5. ad exhibendum die actio ad exhibendum statt, mit der ein interdictum (ne vis fiat domino quominus sua tolleret l. 9. §. 1. de damno infecto) concurrirt.

dem jedoch noch §. 7. vorhergehen muß:

§. 7.: Julianus ait, judicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emtorem, quodammodo in integrum restituere debere.

§. 8.: Quare sive emtori servus furtum fecerit, sive alii cuilibet, ob quod furtum emtor aliquid praestiterit, non aliter hominem venditori restituere jubetur, quam si indemnem eum praestiterit. Quid ergo, inquit Julianus, si noluerit venditor hominem recipere? Non esse cogendum, ait, quidquam praestare — nec amplius quam pretium condemnabitur —, et hoc detrimentum sua culpa emtorem passurum, qui, cum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre; et videtur mihi Julianus (al: Juliani) sententia humanior esse.

Im Falle der Redhibition sollen also beide Theile gewissermaßen in integrum restituirt werden. Daher muß der ganze Kaufcontract mit seinen Folgen, soweit thunlich, rückgängig gemacht werden. Der Käufer soll also den Preis zurückerhalten, welchen er für die Sache bezahlt hat, und zwar mit Zinsen, so wie alle andern Ausgaben, welche nothwendige Folge des Kaufs waren, oder doch im Einverständnisse mit dem Verkäufer geschahen. Auch muß der Käufer von den Verbindlichkeiten liberirt werden, die er der Sache wegen hat übernehmen müssen. Ferner ist ihm nach allgemeinen Grundsätzen der Schaden zu erstatten, den er durch den gekauften Sclaven oder das gekaufte Thier erlitten hat, also der Schaden, für welchen der Eigenthümer jedem Beschädigten verantwortlich ist; endlich die Verwendungen, welche der Käufer auf die Sache gemacht hat.

l. 27. l. 29. §. 1.—3. l. 30. pr. §. 1. eod.

Dies Alles muß der Verkäufer praestiren, bevor er vom Käufer die Zurückgabe der Sache cum causa verlangen kann. Eigentlich sollte von beiden Seiten, wie bei anfänglicher Erfüllung des Contracts, Zug um Zug geleistet werden, und der Käufer,

der die Wiederherstellung des frühern Zustandes beantragt, seinerseits beginnen.

l. 25. §. 9. 10. eod.

Da dies aber dahin führen könnte, daß der Käufer nach Restituirung des gekauften Gegenstandes vom Verkäufer nichts erhält, weil eine sofortige Gegenleistung desselben in der Ausführung in der Regel schwierig seyn wird, so ist vom Richter dahin ein Ausweg zu treffen, daß der Käufer Caution leiste, daß er dem Verkäufer restituiren werde, wenn dieser innerhalb bestimmter Frist ihm Zahlung leiste und alles sonst Erforderliche praestire.

l. 26. eod. und die oben citirten l. 27. seqq.

Leistet der Käufer nun diese Caution nicht, so kann ihm der Verkäufer nicht condemnirt werden; leistet er sie aber, und der Verkäufer hält dann die bei der Cautionsleistung bestimmte Frist nicht ein, so wird dieser seinerseits dem Käufer condemnirt.

l. 29. pr. eod.

Eine Condemnation in den Betrag des Schadens, welchen der Sclave oder das Thier angerichtet hat, und der Verwendungen, welche vom Käufer auf die Sache gemacht sind, erfolgt jedoch nicht, sondern deren Erstattung wird durch ein arbitrium judicis lediglich davon abhängig gemacht, daß der Verkäufer die Herausgabe des Kaufgegenstandes verlangt. Wenn der Verkäufer auf dessen Zurückgabe verzichtet, so fällt damit die Erstattung des Schadens und der Verwendungen weg.

l. 29. §. 2. 3. l. 30. §. 1. l. 31. pr. eod.

Auf eine desfällige Erklärung des Verkäufers hat der Käufer in Folge der bei obiger Cautionsleistung gestellten Frist ein Recht.

Daß nun in diesem Hergange auf der einen oder andern Seite die Ausübung eines Retentionsrechts gefunden werden könne, läßt sich schwerlich behaupten. Es findet ja im Wesentlichen nur das Statt, was bei Erfüllung aller zweiseitigen Obligationen und bei Wiederauflösung derselben im Wege der

Restitution geschieht, indem die Leistung des einen Theils durch die des andern bedingt ist. Wenn es namentlich in

l. 31. pr. eod.

dabei heißt:

> Ob haec ergo, quae propter servum damna sensit, solam dabimus ei corporis retentionem,

so hat ja dem Obigen nach diese Retention mit unserm Retentionsrechte nicht das Mindeste gemein. Der Käufer ist vielmehr durch die Tradition der Sache und Bezahlung des Kaufpreises Eigenthümer derselben geworden und bleibt es bis zur etwaigen Restitution dieser Sache. Ob der Verkäufer, der den Kaufpreis zurückzahlen muß, nun seinerseits auch die Zurückgabe der Sache verlangen und also den Verkauf von Grund aus rückgängig machen wolle, steht in seiner Wahl, und er kann dies nur erlangen, wenn er dem Käufer auch den Schaden und die Impensen zeitig erstattet.

Die l. 23. §. 8. und l. 31. pr. gehören also gar nicht hieher.

s. hierüber auch Sintenis a. a. O. not. 83.

5) Ferner beruft man sich auf l. 18. §. 3. Commodati (13. 6.):

> Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomino est.

Allein diese Stelle spricht, wie auch der vorhergehende §. 2. zeigt, lediglich von der actio commodati contraria. Sie spricht ferner nicht von einem Schaden, der lediglich durch die Sache verursacht worden, sondern von einem solchen, der durch den dolus des Commodans veranlaßt ist. Es wird durch sie also für diese Categorie nichts bewiesen.

Nicht besser steht es mit den von Schenk allegirten l. 31. de pignor. act. (13. 7.), l. 61. §. 1. 3. 5. de furtis (47. 2.)

6) Endlich gehört auch l. 8. de trit. vino, oleo (33. 6.):

> Si heres damnatus sit, dare vinum, quod in doliis esset,

et per legatarium stetit, quo minus accipiat: periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petentem vinum ab herede, doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram ejus damnum passus sit heres,

nicht hieher. Die Stelle spricht von einem Damnationslegat, in Gemäßheit dessen der Erbe dem Legatar den Wein geben soll, welcher (etwa im Keller des Erblassers) auf Fässern liegt. Der Legatar geräth in mora accipiendi, und es erscheint dem Erben nicht unbedenklich, den Wein laufen zu lassen, um den freien Gebrauch der Fässer zu erlangen; der Legatar soll daher dem Erben den Schaden, welchen er hiedurch erlitten, ersetzen, und wenn er gegen den Erben auf Herausgabe klagt, mit der exceptio doli mali zurückgewiesen werden können. Der Schaden besteht hier aber darin, daß der Erbe die leeren Fässer entbehren mußte, während ihm doch daran gelegen war, sie zur Disposition zu haben, sey es etwa, daß er sie vermiethet haben würde, oder er zu seinem eigenen Gebrauche andere Fässer miethen mußte.

l. 1. §. 3. de peric. & comm. (18. 6.)

Es liegt hier also eine Verwendung des Erben zum Besten des Legatars auf Erhaltung des Weins vor. Wenn nun der Legatar bei der Abforderung des Weins sich nicht zu dessen Erstattung erbot, vielmehr auf das Ganze klagte, so war er wegen plus petitio in Folge desfälliger exceptio doli abzuweisen,

l. 33. l. de action. (4. 6.)

denn die Klage war hier eine auf dare oportere gerichtete condictio, welche certa intentio hatte,

s. Rudorff in Puchta, Cursus der Institutionen §. 321. not. q.

und diese befaßte hier mehr, als der Kläger zu fordern berechtigt war.

Puchta a. a. O. §. 167.

Es ist in der l. 8. also weder von einem durch die Sache herbeigeführten Schaden, noch von einem Retentionsrechte die Rede. *)

b. Schenk (S. 282.) rechnet unter die im Eingange des §. gedachte Categorie ferner folgenden Fall:

„Wenn eine Sache wegen ihrer Eigenthümlichkeit Schaden anzurichten droht, ohne jedoch einen solchen schon gestiftet zu haben und deshalb von ihrem Inhaber dem Bedrohten die cautio damni infecti geleistet wurde, ist der Cavent, sobald er die gefährliche Sache ihrem Eigenthümer zurückzugeben hat, befugt, dieselbe so lange zu retiniren, bis der Eigenthümer ihn von seiner Cautionspflicht befreit."

Allein es geht ja schon aus der Gestaltung dieses Falls von selbst hervor, daß er gar nicht hieher gehört; er enthält eben eine Verwendung auf die Sache, um sie gegen die drohende missio in possessionem, die der Nachbar wegen drohenden Schadens beantragen würde, zu schützen. Die für diesen Fall allegirte l. 55. sol. matrim. ist bereits oben (§. 9. unter 1.) erörtert.

c. Eben so wenig paßt hier der von Schenk (S. 233.) aufgestellte Fall, „daß der, welcher wegen drohender Gefahr und verweigerter cautio damni infecti die missio in possessionem der Gefahr drohenden Sache suchen könnte, auch so lange, bis der Eigenthümer die Caution leistet, das Retentionsrecht auszuüben befugt ist, falls er sine vitio in den Besitz der Sache gekommen ist." Denn dies ist schon deshalb unrichtig, weil der, welcher die Rechte eines missus in possessionem ausüben will, ohne dazu vom Richter autorisirt worden zu seyn, sich einer unerlaubten Selbsthülfe schuldig macht.

Nach allem diesen wird auch diese „Categorie" in Nichts verschwinden.

---

*) Daß nach heutigem Actionenrechte hier ein Retentionsrecht wegen Impensen begründet sey, bedarf keiner Ausführung.

§. 11.

Die vierte „Categorie", welche Schenk aufstellt:

„daß die Sache durch Gesetz oder voluntas des Betheiligten in ein zu Gunsten der Forderung wirken sollendes Verhältniß gebracht ist",

kann hier nur zum Theil zur Erörterung kommen; denn der Zweck des Gegenwärtigen ist nur, zu untersuchen, wie weit ein Retentionsrecht gesetzlich begründet ist und worin dessen Natur besteht. Was in dieser Beziehung durch Vereinbarung möglich sey, liegt außer den Grenzen dieser Abhandlung.

Schenk (S. 234.) begegnet hier der Behauptung Anderer, daß diese Categorie eigentlich die der Ausnahmen von dem Requisite der Connexität der Forderung mit der Sache bei dem Retentionsrechte sey, mit der Bemerkung: daß sie im Gegentheil der sprechendste Beweis für die Nothwendigkeit jenes Erfordernisses sey. Führe das Gesetz, wie aus seiner bisherigen Darstellung sich nicht verkennen lasse, darauf, daß das Walten der Retentionsbefugniß nur in Fällen als billig und zulässig angesehen wurde, wo ein ursprünglicher Zusammenhang zwischen der Forderung und der zu retinirenden Sache dem Rechtsgefühle zum Motiv wurde, die Sache in eine Wirkung für Befriedigung der Forderung zu verstricken: so müssen wir es nur als Resonanz dieses Rechtsgefühls ansehen, wenn auch in Fällen, bei denen jener Zusammenhang ursprünglich nicht gegeben, von dem Gesetzgeber oder dem Betheiligten ein solches Beziehungsverhältniß eintreten zu lassen, aus concreten Zuständen des Falles für billig betrachtet werde.

Die nachfolgende Beleuchtung der von Schenk für diese Categorie aufgestellten Fälle wird zugleich zeigen, wie überflüssig und irreleitend auch hier das Requisit der Connexität der Forderung seyn müßte.

1) Besondere Schwierigkeiten hat man in dieser Beziehung in nachfolgender Stelle gefunden, bei der man nun einmal ein Retentionsrecht, als unzweifelhaft darin enthalten, voraussetzte.

l. 26. §. 4. de Cond. ind. (12. 6.):

Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi: competere repetitionem, Marcellus libro vicesimo Digestorum seribit, et centum manere stipulationem. Licet enim placuit, rem pro pecunia solutam parere liberationem; tamen si ex falsa debiti quantitate majoris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia: nemo enim invitus compellitur ad communionem. Sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.

Der A., welcher 100 schuldet, hat in der irrigen Voraussetzung, daß seine Schuld 200 betrage, dafür ein Grundstück, welches 200 werth ist, in Zahlung gegeben. Hier soll das Grundstück zurückgefordert werden können und dagegen die Schuld von 100 bestehen bleiben. Denn wenn gleich das Hingeben an Zahlungsstatt die Kraft der Zahlung hat und die Schuld tilgt, so soll doch, wenn in falscher Voraussetzung einer größern Schuld, als wirklich vorhanden, eine Sache von größerm Werthe, als nöthig war, in Zahlung gegeben worden, die Schuld nicht durch einen Theil der Sache getilgt werden; denn Niemand wird wider Willen zur Gemeinschaft genöthigt. Es verbleibt daher dem A. das Recht, die Sache zurückzufordern. *) Da aber durch die Uebergabe der Sache, ungeachtet der irrigen Voraussetzung, aus welcher sie geschah, das Eigenthum derselben auf den B. übergegangen ist,

Puchta, Pandecten §. 148.

so geschieht die Zurückforderung nicht mittelst der rei vindicatio, sondern einer condictio. Allein der B. soll doch so lange den Besitz der Sache behalten, bis ihm die schuldigen 100 von A. bezahlt werden.

*) vgl. l. 2. §. 1. de V. O. (45. 1.)

Ein Retentionsrecht ist aber in dieser letzteren Bestimmung gar nicht zu finden. Zwar würde der B. der Klage des A. die exceptio doli entgegensetzen, aber doch nur, damit er mit seiner Klage abgewiesen werde. Der Fall steht im Grunde dem im §. 8. zu 9. und im §. 9. zu 4. gleich. Der Kläger A. hat dem Beklagten B. eine Sache behufs der Zahlung übergeben, und B. hat sie in diesem Sinne angenommen. Jetzt erklärt A., sich versehen zu haben; B. soll die Sache deshalb wieder herausgeben, und dann erwarten, ob und wann A. anderweitig Zahlung leisten werde. Es ist ihm vielleicht zweifelhaft, ob der A., welcher ja schon zur datio in solutum gegriffen hat, überall dazu im Stande seyn werde. Jedenfalls hat B. das Seinige in der Sache empfangen, und wenn A. die Sache zurücknehmen will, weil er nicht mit B. in Gemeinschaft zu treten wünscht, so mag er dem B. erst anderweitige Zahlung leisten, damit dieser nicht in eine unvortheilhaftere Lage komme, als worin er sich bereits befindet. Das erheischt die Billigkeit und daher greift B., wenn der A. dennoch auf sein Ansinnen besteht und zur Klage schreitet, zur exceptio doli. Daß diese aber zur Abweisung der Klage führen müsse, liegt in der ganzen Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses, wie denn auch die condictio indebiti, als strenge Klage, nur Verurtheilung oder Abweisung gestattete, ein bedingtes arbitrium de restituendo dagegen gar nicht bei ihr vorkommen konnte. *)

2) l. 1. pr. de pignor. (20. 1.):

Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est, in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur; set facilior erit possidenti retentio.

Die Frage, ob in dem in dieser Stelle erwähnten Falle

*) s. dagegen die Auffassung von Sintenis a. a. not. 83.

dem Gläubiger auch eine actio utilis einzuräumen sey, gehört nicht hieher. Nach ihr soll er sie aber dann nicht haben, wenn er, als ihm die Sache verpfändet wurde, zwar selbst damit bekannt war, daß sie dem Verpfänder nicht gehöre, dieser aber nicht. Wenn Letzterer jedoch ihm die Sache wieder abfordern will, weil er erst später das Eigenthum derselben erworben und demnach die Verpfändung als ungültig betrachtet, so steht ihm die exceptio doli (generalis) deshalb entgegen, weil er seinem eigenen Vertrage zuwider handeln will.

vgl. insbesondere l. 17. de evict. (21. 2.)

Demzufolge behält der Beklagte die Sache; aber nicht, um ein Retentionsrecht daran auszuüben, sondern um sie als Pfand zu behalten und sie nöthigenfalls auch als Pfand zu verkaufen; wie denn auch die exceptio doli hier keinen bedingten Befehl, die Sache zu restituiren, herbeiführen kann, sondern geradeswegs zur Abweisung der Klage führen muß.

3) Die l. 7. §. 5. de reb. eor. qui sub tutela (27. 9.) ist bereits oben (§ 8.) erörtert. Die Klage wird danach in Folge der exceptio doli abgewiesen.

4) l. 23. §. 1. de Cond. ind. (12. 6):

> Si post rem judicatam quis transegerit, et solverit, repetere poterit idcirco, quia placuit, transactionem nullius esse momenti. Hoc enim Imperator Antoninus cum Divo Patre suo rescripsit; retineri tamen atque compensari in causam judicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest.

Ein Vergleich über eine rechtskräftig entschiedene Sache ist ungültig; das in Folge desselben Gezahlte kann mit der condictio sine causa zurückgefordert werden. Allein wenn dies geschieht, so kann der Empfänger (der Beklagte) sich auf die zu seinen Gunsten in der Hauptsache ergangene Sentenz berufen, in Folge deren er ja seinerseits die actio judicati erheben dürfte. Der Beklagte kann also dem Condicenten gegenüber erklären, daß er in Folge des Judicats das durch den Vergleich

Empfangene einbehalten und zur Compensation bringen wolle. Anderes als dies hat das retineri atque compensari nicht zu bedeuten. Von dem Retiniren einer Sache ist in der Stelle auch gar nicht einmal die Rede, sondern vom Einbehalten des Gezahlten. In gleichem Sinne wird der Ausdruck „ex compensatione retinere“ in l. 4. de Compens. (16. 2.) und „jure compensationis retinere“ in l. 20. eod. gebraucht. Daß man aber auch gegen die actio judicati compensiren konnte, ist bekannt.

l. 16. §. 1. eod.

So bleibt denn auch von dieser „Categorie“ Schenk's nichts Anderes übrig, als das angebliche Retentionsrecht des Pfandgläubigers am Pfande wegen Forderungen, für welche die Sache nicht auch zum Pfande gegeben worden. Allein das desfällige Rescript Gordian's in l. un. Cod. etiam ob chirogr. pecun. pign. teneri posse (8. 27.) ist eine reine Singularität, die weder der ratio juris noch der aequitas entspricht. *) Wäre dies, so würde die Stelle auf die hier vertheidigte Theorie ohne Einfluß bleiben und als eine Ausnahme von der Regel betrachtet werden müssen.

vgl. Puchta, Pandecten §. 204. not. c.

s. auch oben §. 9. zu 5.

Wollte man aber auch mit Andern das Rescript als einen Ausfluß der Aequitas betrachten,

Schenk a. a. O. §. 69.

so würde doch immer kein eigentliches Retentionsrecht in ihm zu finden seyn, indem es in seinem Verlaufe heißt:

> At si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a creditore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli

*) Die l. 11. §. 3. de pignor. act. (13. 7.), l. 4. l. 22. Cod. de usuris (3. 32.) ergeben auch, daß vor Gordian das Gegentheil als ratio juris angenommen wurde.

s. auch Franke, civil. Abhandl. S. 82 ff.

mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores, eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter arceperunt.

Der Debitor soll also mit seiner actio pigneratitia in Folge der exceptio doli abgewiesen werden, sobald sich ergiebt, daß er dem Gläubiger noch anderweitig, wenn auch ohne Pfandgebung, verschuldet sey. Er soll mit der Einrede gehört werden, daß der Pfandschuldner dem Gläubiger noch anderweitig verschuldet, und daher die Klage auf Herausgabe des Pfandes nicht begründet sey. Zugleich gewinnt der Gläubiger hier den Vortheil, daß er die Nutzungen der Sache gegen seine übrigen Forderungen compensiren kann.

Also auch für diese Categorie läßt sich kein gesetzlicher Fall aufweisen. So wie nun aber gesetzliche Fälle der Art nach dem §. 4. aufgestellten Begriffe des Retentionsrechts auch gar nicht denkbar sind, so wenig ersieht man, was bei einem auf Vertrag oder Testament beruhenden Retentionsrechte zu denken wäre (s. noch unten §. 15. zu l. 30. de pign. act.). Soll das Retentionsrecht nicht zur Sicherheit für eine Forderung dienen, auch kein Zwangsmittel für Erfüllung derselben seyn (§. 14.), sondern lediglich dahin wirken, daß der Beklagte dasjenige behalte, was er in einer fremden Sache stecken hat und factisch noch besitzt, so ist ein auf bloßem Vertrag oder Testament beruhendes, ganz äußerlich geschaffenes Retentionsrecht undenkbar.

§. 12.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich nun, daß die von Schenk allegirten Stellen zur Begründung seiner Theorie nicht geeignet sind; ja es findet sich in der ganzen Masse des von ihm zusammengetragenen Quellenmaterials auch nichts, was dazu berechtigte, dem Retentionsrechte ein weiteres Gebiet einzuräumen, als oben (§. 2—6.) dafür nachgewiesen worden.

Der Beklagte verfolgt mit seiner bisher erörterten Einrede

geradeswegs den Zweck, daß er die Sache vorläufig behalten dürfe und er zur Herausgabe derselben nur unter der Bedingung schuldig erkannt werde, daß der Kläger ihm zuvörderst dasjenige herauskehre, was er in der Sache stecken hat.

Ganz anders verhält es sich, wenn die Vertheidigung des Beklagten zunächst auf Abweisung des Klägers gerichtet ist. Dies geschieht, abgesehen von dilatorischen Einreden, entweder, weil die Klage nicht oder nicht gehörig begründet ist, oder weil sie durch Einreden elidirt wird. Bei solcher Vertheidigung ist es nicht der nächste Zweck des Beklagten, daß er ungeachtet der Anerkennung des Rechts des Klägers im Besitze des Gegenstandes der Klage bleibe, bis er vom Kläger, wie vorhin bemerkt, befriedigt werde, sondern der, daß er ein Recht des Klägers auf Herausgabe der Sache überall nicht anerkennen will. So z. B. verweigert der Eigenthümer dem klagenden Nießbräucher, der noch keine nießbräuchliche Caution bestellt hat, die Herausgabe der Sache nicht, damit diese zuvörderst bestellt werde, sondern weil der Kläger vor solcher Bestellung zum Nießbrauche überall nicht berechtigt ist (§. 9. n. 9.);

s. auch Sintenis l. c. not. 83.

der Verkäufer verweigert die Tradition der verkauften Sache, weil der Kaufpreis weder bezahlt ist, noch ihm angeboten wird, während doch, wo nicht auf Credit verkauft worden, das Eine oder das Andere zur Begründung der Klage gegen ihn erforderlich ist. In solchen Fällen der Abweisung, wenn sie auch nur angebrachtermaßen erfolgt, muß der Kläger, wenn er hinterher sein Recht besser begründen, die Einrede elidiren kann, auf's Neue zu klagen suchen. *) Daß aber der Beklagte die Sache inzwischen behält, ist nur eine Folge dieses Vorgangs.

*) Nach älterm Rechte, wo die res judicata die consumirende Wirkung hatte, daß aus dem nämlichen Rechtsverhältnisse nicht wieder geklagt werden konnte, war diese Abweisung von noch ungleich größerer Bedeutung. Der Kläger, welcher die Impensen zu erstatten sich weigerte, vielleicht weil er begründete Einwendungen dagegen zu

Zur Zeit des Formularprocesses wurde nun in allen Fällen der arbitrariae actiones (§. 2.) der arbitratus des judex, falls die Klage an sich begründet befunden wurde, dahin gerichtet, daß der Beklagte zur Herausgabe der Sache verbunden sey, jedoch unter Hinzufügung der Bedingung, daß der Kläger ihn dagegen wegen der zu ersetzenden Verwendungen befriedige (ihm diese seinerseits herausgebe). Es waren diese arbitrariae actiones bekanntlich zum Theil in rem, zum Theil in personam actiones. Erst wenn der Beklagte diesem arbitratus (jussus) keine Folge leistete, folgte das eigentliche arbitrium, in welchem der Werth des Streitgegenstandes ermittelt wurde, und welches dann mit einer Sentenz schloß, die den Beklagten zur Erstattung dieses Werths condemnirte.

Keller, d. römische Civilproceß §. 28.

Was für dies Verfahren nun aber in der Formel der arbitrariae actiones ausdrücklich angeordnet werden mußte, verstand sich bei bonae fidei actiones, mittelst deren die Restitution einer Sache verlangt wurde, von selbst, wenn auch nicht in gleich strenger Form verfahren werden mogte. Hier hatte der Richter ex officio das Recht zunächst die Herausgabe des Streitgegenstandes dem Beklagten anheimzugeben, und erst, wenn diese unterblieb, ihn zu condemniren.

Puchta, Cursus Bd. 2. §. 166.

Keller a. a. O. §. 67.

s. auch noch l. 6. §. 2. de confessis (42. 2.)

Nur daraus erklärt es sich auch, wie in bonae fidei judiciis,

---

haben glaubte, wäre hier durch Abweisung gar zu hart gestraft worden. Insofern diente der arbitratus de restituendo, und dessen Bedingung, wonach der Beklagte ihm die Sache herausgeben sollte, wenn er ihm dagegen die Impensen erstattete, zu seinem Vortheile. Die Abweisung der Klage wegen Verweigerung der Impensen erfolgte dem Bisherigen nach nur da, wo der dolus weiter griff.

s. l. 44. §. 1. de damno inf.

u. l. 4. §. 9. de doli exc. (s. oben §. 8. n. 6.)

in denen es sich um Restitution einer Sache handelte, ein Retentionsrecht geltend gemacht werden konnte, z. B. bei der actio commodati,

l. 59. de furtis (47. 2.)

und der actio pignoratitia,

l. 8. pr. de pign. act. (13. 7.)

während doch sonst der Richter den Beklagten ohne Weiteres zu condemniren, oder auf Grund des dem Kläger entgegengesetzten dolus abzuweisen gehabt hätte. Daher bedurfte es auch bei den Retentionen gegen die rei uxoriae actio keiner ausdrücklichen Instruction des Praetors

v. Savigny, System Bd. 5. S. 468.

und eben so wenig bei der hereditatis petitio (s. oben §. 5.)

Heut zu Tage, wo der Proceß in Betreff Herausgabe individuell bestimmter Sachen regelmäßig sich nicht mit einer Verurtheilung in den Geldwerth endet, wo vielmehr bei der Renitenz des Beklagten die Herausgabe der Sache selbst im Wege der Execution zu erzwingen gesucht wird, vertritt der arbitratus die Stelle der Condemnatio. Das Urtheil muß daher auch h. z. T. dasjenige enthalten, was sonst der arbitratus befaßte, namentlich also auch, wenn ein Retentionsrecht geltend gemacht und nachgewiesen worden, die Bedingung, unter welcher der Beklagte zur Herausgabe nur verbunden seyn soll. So wenig aber im Formularprocesse der Kläger die Condemnation beantragen konnte, wenn er sich gegen den Beklagten nicht wenigstens zur Erfüllung der Bedingung der Leistung des Letztern erboten hatte, so wenig findet ohne diese Voraussetzung h. z. T. ein Antrag auf Execution statt.

Daß aber heut zu Tage gegen alle Klagen, also namentlich auch gegen die stricti juris actiones, durch welche die Restitution einer Sache bezweckt wird, das Retentionsrecht geltend gemacht werden kann, weil jetzt alle Klagen als b. f. actiones zu behandeln sind, bedarf wohl kaum der Bemerkung.

Wenn nun damit im Bisherigen die Natur des Retentionsrechts genau festgestellt und dasselbe in die richtigen

Grenzen eingeschlossen ist, so wird es nicht überflüssig seyn, im Nachfolgenden einige Hauptirrthümer zu berichtigen, welche als ein Ausfluß der bisherigen Theorie zur Herrschaft gelangt sind und auf das Rechtsleben einen bedeutenden Einfluß geübt haben.

§. 13.

Schenk §. 11 ff. und mit ihm Sintenis Civilrecht Bd. 2. S. 169. betrachten das Retentionsrecht als ein accessorisches Recht, welches, ähnlich dem Pfandrechte, zur Sicherung einer Forderung dienen soll. *) Daß dies nicht richtig seyn kann, ergiebt sich aber schon aus dem Bisherigen mit Nothwendigkeit. Denn ist es richtig, daß zur Geltendmachung des Retentionsrechts eine Forderung nicht vorausgesetzt wird, so kann es auch keine accessorische Natur haben; und dies muß dem Bisherigen nach auch da geltend bleiben, wo für den Gegenstand, welcher zur Retention veranlaßt, zugleich ein Forderungsrecht stattfindet, da, wie gesagt (§. 6.), dies für die Ausübung des Retentionsrechts gar nicht in Betracht kommt. Die von Schenk §. 11. not. 2. angeführten Gesetzstellen, soweit darin von einem Retentionsrechte die Rede ist, sprechen freilich von einem retinere loco pignoris **) und in ähnlichen Ausdrücken; aber dasselbe geschieht in l. 13. §. 8. de A. E. (19. 1.),

*) Nach Sintenis not. 76. u. And. soll diese Sicherung darin bestehen, daß der Schuldner aus der mit der Sache conneren Forderung um so eher zur Befriedigung des Retinirenden schreite. Allein nirgend findet sich ein solcher Zweck in den Quellen angedeutet. Will man dies schon deshalb darin finden, weil die Sache in Folge des arbitratus de restituendo nicht eher herausgegeben zu werden braucht, als bis der Kläger sich zur Erstattung der Impensen ꝛc. bereit erklärt, so muß man auch sagen, der Verkäufer verweigere die Tradition der verkauften Sache, damit der Käufer um so eher bezahle.

**) Es kann dies aber doch nicht auch von l. 43. §. 3. de legat. (I.) u. l. 59. de furtis behauptet werden.

wo gesagt wird, daß der Verkäufer, dem der klagende Käufer noch nicht einmal die Bezahlung des Kaufpreises angeboten hat, die verkaufte Sache quasi pignus retiniren dürfe. Daß dies nur sehr uneigentlich gemeint seyn könne,*) zeigen schon die verschiedenen Ausdrucksweisen, die für diesen Fall vorkommen, indem in l. 22. de heredit. vel act. vend. (18. 4.) von dem Verkäufer geradeswegs gesagt wird, daß ihm die corpora hereditaria „pignoris nomine" haften,**) während in l. 15. §. 2. de furtis (47. 2.) von einem Retiniren „quasi pignoris loco" die Rede ist. Also nicht einmal pignoris loco, sondern quasi pignoris loco. Es soll doch mit solchen Ausdrücken wohl weiter nichts gesagt seyn, als daß der Verkäufer, oder (nach l. 15. §. 2.) der Commodatar sich bis zu seiner Befriedigung an die Sache halten, sie zurückhalten könne. Dies Zurückbehalten *sichert* dem Retinirenden allerdings sein Recht eben dadurch, daß er das Seinige in Händen behält, und wenn dies in einer fremden Sache steckt, die er deshalb zurückbehält, so kann dies scheinbar mit der Detention, welche der Pfandgläubiger ausübt, verglichen werden. ***) Allein der Verkäufer ist sogar ja auch wahrhaft Eigenthümer; er verweigert nicht blos die Herausgabe, sondern die Tradition, und so lange diese nicht geschehen, bleibt er Eigenthümer. Unmöglich kann er sich also seine eigene Sache gleich einem Pfande zur Sicherheit dienen

---

*) s. auch Luden S. 22.

**) Daraus könnte man ja gar ein eigentliches Pfandrecht beweisen wollen.

***) Damit der Beklagte behalte, was von dem Seinigen in der Sache steckt, behält er auch das von der Sache, was als Theil seines Vermögens zu betrachten nicht seine Absicht ist. Dieser Untrennbarkeit wegen ist er denn auch bereit, das Ganze herauszugeben, sobald ihm das Seinige dagegen erstattet wird. Der Vergleich mit einem pignus liegt danach sehr nahe, und doch ist hier an ein Behalten zur Sicherheit für eine Forderung nicht zu denken, sondern nur an ein Behalten dessen, was man hat und gänzlich behalten will, in *Folge* dessen man auch das Uebrige einbehält.

lassen wollen. Aber sowie der Pfandgläubiger seine Sicherheit im Besitze und im Rechte am Faustpfande findet, und dies nicht eher herausgiebt, als bis er befriedigt ist, so findet der Verkäufer es auch in ähnlicher Weise gerathen, sich seiner eigenen Sache nicht eher zu entäußern, als bis er Zahlung dafür erhält.

vgl. Sintenis a. a. O. not. 83.

Auch l. 5. de dote praeleg. (33. 4.), welche den bekannten Satz ausspricht, daß der Ehemann oder dessen Erben wegen der blos nützlichen oder zierenden Verwendungen kein Retentionsrecht an der dos haben, drückt dies mit den Worten aus, daß es hier nicht gestattet sey, pignoris nomine retinere dotem.

> . . . aliud est enim, minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit, aliud pignoris nomine retinere dotem ob ea, quae mulierem invicem praestare aequum est.

Dagegen heißt es aber in l. 5. pr. de impens. in res dotal. fact. (25. 1.):

> Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, utputa fundus, vel quodcunque aliud corpus; etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet, desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus; manebit enim maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat, non enim ipso jure corporum sed dotis fit deminutio &c.

Das Retentionsrecht findet also blos statt, weil sich von der einzelnen körperlichen Sache der Betrag der Impensen nicht abziehen läßt, und deshalb muß die ganze Sache zurückbehalten werden. Der Jurist begnügt sich hier aber auch damit, einfach von einer Zurückhaltung zu reden; der Zweck derselben liegt hier durch den Inhalt der Stelle klar vor, während er in andern Stellen durch das „pignoris loco“ besser ins Licht gesetzt werden soll.

In was Anderem, als oben angedeutet, könnte auch die Sicherheit, welche das pignoris loco retinere mit sich führt, bestehen? Wer noch darüber zweifelt, der wird jedenfalls in der schon erwähnten l. 59. de furtis (s. §. 6.) darüber Aufklärung finden:

> nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit ejus potius per retentionem eas servare, quam ultro commodati agere; ideoque furti actionem habebit.

Also während in l. 15. §. 2. eod. vom Commodatar in gleicher Lage gesagt wird, daß er quasi pignoris loco retinire, wird dies hier ganz einfach dahin aufgeklärt, daß solches Retiniren keine andere Bedeutung habe, als daß es dem Commodatar daran liegen müsse, seine Impensen lieber durch Retention einzubehalten, als sie klagend wieder zu fordern.

Die von Schenk ferner angeführten

l. 43. §. 3. de leg. (I.)
l. 20. §. 1. qui testam. (28. 1.)
l. 15. de captiv. (49. 15.)
l. 2. 11. Cod. de postl. revers. (8. 51.)

gehören dagegen gar nicht hieher. Sie sprechen vom Loskauf eines römischen Bürgers aus feindlicher Gefangenschaft. Wenn gleich der so Befreite eigentlich durch das jus postliminium sofort die Freiheit wieder erhalten sollte, so blieb er doch dem Redemptor für die Erstattung des Lösegeldes verhaftet. Der Gebrauch seiner Freiheit und Ingenuität blieb daher, wie bei der status controversia suspendirt.

l. 8. de re milit. (49. 16.)
l. 2. 5. Cod. de postlim. revers. (8. 51.)

und er soll dem Redemptor bis zum Abtrag des Lösegeldes verpfändet bleiben. Dies ergeben nicht blos obige Stellen, sondern auch noch

l. 19. §. 9. de captiv. (49. 15.)
l. 8. l. 13. Cod. de postl. revers. (8. 51.)

Es konnte dies Pfandrecht nach ausdrücklichem Inhalte der l. 19. §. 9. cit. Andern cedirt werden, was deshalb seine Bedeutung hat, weil der Redemtus servorum loco blieb, und nach einem Gesetz des Honorius zu fünfjährigem Dienst, um die Kaufsumme abzuarbeiten, angehalten werden konnte.

Puchta, Cursus §. 214. sub 3.

Von einem Retentionsrechte ist also in diesen Stellen gar nicht die Rede.

§. 14.

Ist nun aber das Retentionsrecht kein accessorisches Recht, welches zur Sicherheit seines Inhabers dienen soll, sondern wird es eben nach der Absicht der Gesetze ausgeübt, damit man behalte, was man hat, so folgt daraus auch von selbst, daß es nur gegen Herausgabe desjenigen, was man in der Sache stecken hat, herausgegeben zu werden braucht. Der Retinirende darf verlangen, daß dies Zug um Zug gehe,

l. 38. de R. V. (6. 1.)

. . . reddat impensam ut fundum recipiat . . .

. . . si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas.

l. 5. pr. de imp. in res dot. (s. S. 77.)

. . . manebit enim maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat . . .

s. auch §. 10. n. 4.

Unmöglich kann man den Beklagten hier zwingen wollen, die Sache ohne vorherige Erstattung der Impensen gegen Cautionsleistung des Klägers herauszugeben. Dies wird ebensowenig zulässig seyn, als man den Verkäufer, der erst theilweise Zahlung des Kaufpreises erhalten hat, nunmehr gegen Cautionsleistung für das Uebrige die Sache dem Käufer herauszugeben nöthigen darf.

Wenn aber die l. 59. de furtis es geradezu für ein rechtliches Interesse des Besitzers erklärt, die Sache lieber wegen seiner Impensen zu retiniren, als klagen zu müssen (§. 15. a. E.),

vgl. auch l. 2. de Compens. (16. 2.)

so mögte dadurch wohl aller Zweifel gegen die Unzulässigkeit solcher Cautionsleistung schwinden müssen. *)

Indessen erleidet diese Unzulässigkeit doch einige schon in der Natur der Sache begründete Ausnahmen. Wenn nämlich

1) die Impensen nicht in einer reellen Verwendung bestehen, sondern der Besitzer der Sache zum Besten derselben nur Verpflichtungen übernommen, z. B. cautio damni infecti geleistet hat, so muß er sich damit begnügen, daß ihm vom Kläger gegen Herausgabe der Sache Caution für Schadloshaltung geleistet werde.

s. oben §. 9. sub 1. u. 11.

2) Wenn auch dem Erben wegen der quarta Falcidia das Retentionsrecht an der vermachten Sache zusteht,

s. oben §. 9. sub 2.

so muß er sich dann doch mit einer bloßen Caution begnügen und die Sache dagegen herausgeben, wenn noch gegründete Zweifel stattfinden, ob die lex Falcidia zur Anwendung kommen könne oder nicht.

Tit. D. Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur (35. 3.)

insbesondere aber l. 1. pr. eod.:

Si cui plus, quam licuerit, legetur et dubitari juste possit, utrum lex Falcidia locum habitura est, nec ne, subvenit Praetor heredi, ut ei legatarius satisdet, ut, si apparuerit, eum amplius legatorum nomine cepisse, quam e lege Falcidia carere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det, dolusque malus ab eo abfuturus sit.

---

s. auch noch l. 26. de procurat. (3. 3.) (§. 7. sub 7.)

Man sieht hieraus aber auch, daß diese Hülfe vom Praetor eben nur ausnahmsweise für solchen Fall ertheilt wurde, woraus denn wieder von selbst folgt, daß die Cautionsleistung der Regel nach nicht angenommen zu werden brauchte.

§. 15.

Noch Schenk S. 276 ff. und nach ihm Sintenis S. 173. (not. 92.) stellen den Satz hin: daß der Retinent rücksichtlich der Verwahrung und Behandlung der res retenta gleiche Obliegenheiten wie der Pfandgläubiger habe.

Da nach der Natur des Verhältnisses, sagt Schenk, des Retinenten Thätigkeit in Bezug auf die Sache in etwas Weiterem regelmäßig nicht bestehe, als in der Detention und darin liegenden Verwahrung der Sache, so ergebe es sich von selbst, daß der Retinent diligentiam in custodiendo zu praestiren habe, und da er nur seinen Vortheil mit der Retention verfolge, der Gegner aber von ihr gar keinen Vortheil habe, so sey wieder die weitere rechtliche Folge, daß der Retinent nach den Grundsätzen über praestatio culpae in custodiendo den höchsten Fleiß, also culpam in abstracto bis an den casus ohne Entschuldigung mit diligentia quam suis zu praestiren habe. Der Retinent befinde sich in der That hinsichtlich der custodia ganz in gleicher Lage, wie der Faustpfandgläubiger: dieser wie jener haben die Pflicht der Aufbewahrung und Conservirung der Sache, und es könne in dieser Beziehung nur ganz gleich gelten, ob diese Aufbewahrung auf dem Grund pfand- oder retentionsrechtlicher Befugnisse erfolge, und ob sie dazu führe, durch Nutzung und Veräußerung der Sache aus dieser die Befriedigung der Forderung zu nehmen, oder ob die Sache dereinst nach dem Ende der Zeit der Custodirung an den Eigenthümer zurückgegeben werden müsse.

Allein die Analogie zwischen dem Pfandgläubiger und dem einfach Retinirenden ist schon deshalb unzulässig, weil die Pflichten des Pfandgläubigers auf besonderem Obligations-

verhältnisse beruhen, welches seiner Natur nach jene Pflichten zur Folge hat. Das Retentionsrecht kann dagegen mit den verschiedenartigsten Rechtsverhältnissen verbunden seyn, wonach der Besitzer der Sache bald für den Zufall haftet, wie z. B. der malae fidei possessor rei alienae, der wenigstens seit der Litiscontestation (jetzt seit Mittheilung der Klage) für den Zufall haftet; bald für gar keine culpa, wie der bonae fidei possessor rei alienae, der nur seit der Litiscontestation zur Diligenz verpflichtet wird;

l. 25. §. 7. l. 31. §. 3. de H. P. (5. 3.)

bald vor der Litiscontestation zwar nicht für den Zufall, wohl aber für alle culpa verantwortlich ist, wenn er nicht etwa durch mora auch die Haftung für den Zufall auf sich ladet, wie z. B. der Commodatar, der Pfandgläubiger, der Mandatar, negotiorum gestor u. s. w.

Das vom Besitzer der Sache ausgeübte Retentionsrecht kann nun an sich den Grad der Diligenz, welchen er zu praestiren hat, nicht ändern. Das Rechtsverhältniß, in welchem er bisher zum Eigenthümer stand, bleibt ganz dasselbe, was es bisher gewesen. Der Commodatar, der negotiorum gestor z. B., der auf die Sache Verwendungen gemacht hat, die ihn zur Ausübung des Retentionsrechts berechtigen und veranlassen, wird nach wie vor für omnem culpam verhaftet bleiben, es sey denn, daß er dem Eigenthümer die Herausgabe der Sache gegen Erstattung der Verwendungen angeboten hätte und der Betrag der Letztern liquide wäre, oder der Eigenthümer auf eine Liquidation derselben einzutreten sich weigerte. Dann würde freilich eine Aenderung eintreten, aber nicht wegen der Ausübung des Retentionsrechts, sondern wegen mora accipiendi des Eigenthümers.

Auf der andern Seite haftet zwar bei persönlichen Klagen der Beklagte, wenn er in mora sich befindet, also der Regel nach auch nach der Mittheilung der Klage, auch für den Zufall;

v. Savigny, System Bd. 6. S. 170 ff.

allein wenn er aus rechtmäßigem Grunde die Sache zurückbehält, wenn er also das Retentionsrecht ausübt, kann eben auch von keiner mora die Rede seyn, mithin muß alsdann auch die Haftung für den Zufall wegfallen, und ebenso die Haftung für einen höhern Grad der Diligenz, wo das ursprüngliche Rechtsverhältniß an und für sich nur zu einem niedern Grade verpflichtet.

v. Savigny a. a. O. S. 169.

Schenk führt freilich zur Bestätigung seiner Lehre zwei Stellen an:

l. 30. de pign. act. (13. 7.)
l. 34. de damno inf. (39. 2.)

allein keine von diesen enthält das Mindeste dafür.

In der l. 30. cit.:

Qui ratiario crediderat, quum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit et ratem abstulit; si invito ratiario retinuisset, ejus periculo ratem fuisse respondit; sed si debitor sua volumtate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim majorem.

wird der Fall angeführt, daß Jemand einem Flößer ein Darlehn giebt und dafür, weil die Zurückzahlung desselben nicht bei Verfall erfolgt, das Floß desselben eigenmächtig im Flusse zurückhält. Der Fluß fängt hierauf an zu schwellen und reißt das Floß mit sich fort. Hier soll der Gläubiger den Schaden zu ersetzen haben, weil er das Floß eigenmächtig zurückgehalten hat, was gewiß nur allgemeinen Grundsätzen gemäß ist. — Wenn aber, heißt es weiter, der Flößer das Zurückhalten des Floßes freiwillig zugegeben hätte, so würde der Darleiher nur für culpa, nicht auch für vis major zu haften haben. Schenk S. 148. will in diesem letztern Falle ein vertragsmäßiges Retentionsrecht finden, „welches zu den conneren Fällen, d. i. den Fällen positiver Connexität gehört." Allein es ist hier ohne

Zweifel wohl von einer Verpfändung, der Einräumung eines Faustpfandes, die Rede, welche darin gefunden wird, daß dem Darleiher vom Schuldner gestattet wird, das Floß zu seiner Sicherheit zurückzubehalten. Das bestätigt sich zum Ueberflusse auch dadurch, daß die Stelle sich im Titel de pignor. actione findet. *) Nach den Grundsätzen der letztern haftet der Pandgläubiger denn ja auch nur für culpa, nicht auch für vis major. — Wenn Schenk hier aber bei seiner Auslegung der Stelle

*) Auffallend ist es, daß die l. 30. cit. bei der Lehre vom Pfandcontracte allenthalben mit Stillschweigen übergangen wird. Glück, Comm. Bd. 18. S. 306. lehrt, daß ein Pfandrecht nicht blos durch Worte ertheilt werden könne, welche diese Absicht nicht ausdrücklich, sondern implicite zu erkennen geben, sondern auch durch andere Handlungen, namentlich wenn man seinem Gläubiger zu dessen Sicherheit den Besitz einer Sache einräume. — Leyser Spec. CCXXIII. medit. 3. und Andere wollen zwar schon das bloße Einräumen des Besitzes einer Sache für eine stillschweigende Verpfändung halten; allein erfolge die Einräumung des Besitzes nicht mit der Erklärung, daß es in der Absicht geschehe, dem Gläubiger seiner Forderung wegen Sicherheit zu verschaffen, so würde der Gläubiger dadurch zwar ein Retentionsrecht, aber kein Pfandrecht erhalten. Im Wesentlichen eben so erklärt sich Gesterding vom Pfandrecht (2. Aufl.) S. 125. und Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts S. 208. Bei keinem von diesen wird aber der Stelle gedacht, und auch von Leyser nicht, der sich dagegen für seinen Satz wohl unrichtig auf l. ult Cod. quae res pignori (8. 17.) beruft. Es darf aber doch wohl vorausgesetzt werden, daß, wenn die übrigen oben genannten Schriftsteller die l. 30. nicht übersehen hätten, hier eine Verpfändung und nicht ein bloßes Retentionsrecht von ihnen anerkannt seyn würde. Ein vertragsmäßiges Retentionsrecht kommt schwerlich in den Digesten vor, und man würde, wenn der in dieser Abhandlung vertheidigte Begriff des Retentionsrechts richtig ist, in Verlegenheit darüber seyn müssen, was die römischen Juristen sich unter einem vertragsmäßigen Retentionsrechte vorgestellt, wie sie sich dessen Wirkungen gedacht haben sollten. — Dagegen liegt in l. 30. die Absicht, daß die Sache dazu dienen solle, dem Gläubiger für seine Forderung Sicherheit zu verschaffen, wohl klar genug in den Umständen, so daß es für die genannten Schriftsteller einer ausdrücklichen Erklärung desselben, da sie ja gerade von der stillschweigenden Einräumung eines Pfandrechts reden, hier nicht bedürfen konnte.

einen Fall der Connexität *) annimmt, ungeachtet die gewöhnlichen, wenn auch vagen Begriffe sie hier nicht erkennen lassen, so sind ältere Schriftsteller darin noch viel weiter gegangen. **)

Die zweite Stelle behandelt im Zusammenhange mit der vorhergehenden l. 33. folgenden Fall: Dem Miether steht eine actio damni infecti nicht zu; er kann nöthigenfalls, wenn der

---

*) Schenk S. 133. u. 145. kennt nämlich zweierlei Arten der Connexität: die eine, ursprüngliche, worunter „ein Verwandtschafts- oder Beziehungsverhältniß der Forderung zu der res retenta, dessen Entstehung jedoch von den Rechtslehrern wieder auf verschiedene Weise angegeben wird," und eine andere, positive, bei deren Fällen „ursprünglich zwischen der Forderung und der res retinenda nicht die mindeste Verbindung stattfindet, diese Verbindung entweder nur durch ausdrückliches Gesetz oder den Willen der betheiligten Personen positiv geschaffen wird, indem der res eine Einwirkung zu Gunsten der Forderung ausdrücklich zugewiesen worden ist, ohne welche also eine Connexität zwischen debitum und res connexa gar nicht vorhanden gewesen seyn würde." Dahin soll denn auch der obige Fall gehören. Zur weitern Erläuterung dieser Ansicht mag hier noch bemerkt werden, daß Schenk S. 151 ff. das Retentionsrecht seiner Entstehung nach in jus retentionis voluntarium und jus retentionis legale sive necessarium eintheilt, und ersteres wieder in jus conventionale und testamentarium subdividirt. Die ältern Schriftsteller hatten, beiläufig gesagt, auch noch die ergötzliche Eintheilung a) in jus retentionis qualificatum vel simplex, materiale vel formale (Schenk S. 166.) und b) jus retentionis perpetuae vel temporalis, judiciale vel non judiciale sive extrajudiciale, permissivae vel praeceptivae, generale vel speciale, facti und juris, commune vel saxonicum, und retentio quae causam trahit a re vel specie retenta und quae ab ipsius debiti natura (Schenk S. 169 ff.).

**) Auch schon von ältern Schriftstellern ist nämlich das Erforderniß der Connexität gänzlich geleugnet worden, aber behufs ganz andern Erfolgs, als oben §. 6. Es war ihnen nämlich das Gebiet des Retentionsrechts zu sehr eingeengt, und sie wollten das Retentionsrecht ganz allgemein schon dann zulassen, wenn nur bei fehlerfreiem Besitze der Sache irgend eine gültige gegen Gefahr zu schützende Forderung existire.

Schenk §. 41. u. 42.

Gegen solche bedenkliche Erweiterung sucht Sintenis dem Obigen nach (§. 6. not. *) das Erforderniß der Connexität zu vertheidigen.

Vermiether ihn auszuziehen hindert, ex conducto klagen; freilich aber nur, wenn er sich zur Bezahlung der rückständigen Miethe bereit zeigt; sonst steht dem dominus das Recht zur Retention des Pfandes (pignus) zu. Wenn der Vermiether nun aber von diesem Rechte Gebrauch macht, und die Sachen durch Einsturz des benachbarten Gebäudes untergehen, so haftet er dem Miether auch pignoratitia actione, wenn er die Sachen an einen sicheren Ort bringen lassen konnte.

Von einem Retentionsrechte des Vermiethers ist also auch in dieser Stelle gar keine Rede, vielmehr von dem eigentlichen Pfandrechte, welches ihm an den Invecten und Illaten des Miethers zusteht. Dies macht er geltend, und behält daher die Sachen zurück. Die Versehen, welche er sich hierauf an den Sachen zu Schulden kommen läßt, sind lediglich nach den Grundsätzen der actio pignoratitia zu behandeln, und dies geschieht in der Stelle ausdrücklich. *)

§. 16.

Unhaltbar erscheint ferner die Lehre, daß die Detention, welche durch das Retentionsrecht erhalten werden soll, keine unrechtmäßige seyn dürfe. Grade in den Hauptfällen des Retentionsrechts, den der Impensen, wird vielmehr ausdrücklich gesagt, daß es auch dem malae fidei possessor zustehe, nämlich

*) Sintenis, der in seinem Civilrecht a. a. O. not. 82. ganz der Schenk'schen Ansicht beitritt, bemerkt in seinem Handb. des Pfandr. S. 26. weiter, daß über die Pflicht, die Sache zu verwahren, daher auch zu verwalten, keine anderen, als die Grundsätze der Verwahrung beim Pfandbesitze zur Anwendung zu bringen seyen; an gesetzlichen Vorschriften fehle es dabei ganz, und darum müsse die Analogie mehr gelten, als einige Meinungen, welche das Gegentheil wollten. Die Nothwendigkeit solcher Analogie würde aber doch voraussetzen, daß das Retentionsrecht ein besonderes Rechtsinstitut „ähnlich dem Pfandrecht" sey. Und wäre es dies, so wäre es doch zu verwundern, daß über die Pflichten des Retinirenden auch gar nichts in den Quellen vorkommt.

der rei vindicatio und den dieser gleichzustellenden Klagen gegenüber wegen nothwendiger Impensen, der hereditatis petitio gegenüber auch wegen nützlicher. In persönlichen Rechtsverhältnissen wird von malae fidei possessio (oder dententio) seltener die Rede seyn. Wo es der Fall, wird es auf die Umstände ankommen, wieweit der malae fidei possessor auf Erstattung seiner Impensen ein Recht hat. Der Dieb hat es bekanntlich niemals, möge er mit der condictio furtiva

l. 13. de cond. furt. (13. 1)

oder mit der rei vindicatio

l. 1. Cod. de infant. expos. (8. 52.)

belangt werden. Dem negotiorum gestor dagegen, auch wenn er mala fide sich in die fremden Geschäfte einmischt, ist der Ersatz und also auch die Retention nicht zu versagen, soweit der Eigenthümer durch sie bereichert wird.

l. 6. §. 3. de negot. gest. (3. 5.)

l. 5. Cod. de rei vind. (3. 32.)

Es wird also allenthalben darauf gesehen werden müssen, wieweit der Besitzer nach dem vorliegenden Rechtsverhältnisse auf Ersatz der Impensen Anspruch machen kann, und soweit wird ihm auch ein Retentionsrecht eingeräumt werden müssen. Wenn z. B. der Commodatar oder Precarist die Zurückgabe der Sache aus offenbar nichtigen Gründen verweigert, und während er die Sache mala fide so vorenthält, zur Rettung derselben vor dem Untergange Verwendungen darauf macht, wird ihm die Erstattung derselben und ein desfälliges Retentionsrecht nicht zu versagen seyn. Wenn aber im Falle von

Seuffert Archiv Bd. 5. n. 105.

der Buchhalter die Bücher mit sich nach Hause nimmt, um wegen seines rückständigen Lohns ein Retentionsrecht daran auszuüben, so findet das Letztere deshalb nicht statt, weil seine etwaigen Verwendungen nicht gemacht waren, während er die Bücher besaß, sein späteres Wegtragen derselben aber einen dolus befaßte. Seiner Einrede des Retentionsrechts steht eine replica doli entgegen, oder wenn er die exceptio doli opponirt,

so darf diese auf Grund jenes Umstandes in Abrede gestellt werden.

Dies wird hinreichen, um den Satz, daß die Detention, welche durch das Retentionsrecht erhalten werden soll, keine unrechtmäßige seyn dürfe, als Regel zu verneinen.

Was Schenk §. 23. für seine Behauptung anführt, wird zum Beweise derselben nicht geeignet erscheinen können.

Die l. 25. de pignor. (20. 1.):

> Quum vitiose, vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est: nec si bona creditoris ad fiscum pertineant.

trifft hier nicht zu. Schenk nimmt hier ohne Weiteres an, daß mit der retentio die Ausübung eines Retentionsrechts gemeint sey, und daß der vitiose oder inutiliter geschlossene Pfandcontract auch mala fide geschlossen sey. Die Stelle wäre wohl die einzige, in der das Wort retentio schlechtweg zur Bezeichnung eines h. z. T. sogenannten Retentionsrechts dienen sollte, während es doch sonst allenthalben im einfachen natürlichen Sinne gebraucht wird, und erst aus der Umgebung desselben entnommen werden muß, ob ein Retentionsrecht gemeint sey. Man kann ja ferner sehr wohl inutiliter einen Pfandcontract schließen, ohne dabei in mala fide zu seyn. Die Stelle ist vielmehr eine von so allgemeiner Bedeutung, wie man sie im Titel de regulis juris in großer Anzahl findet, und soll nur den Satz ausdrücken, daß, wenn der Pfandcontract ungültig geschlossen, die Sache aber übergeben sey, man sie nicht unter Berufung auf den Contract zurückhalten dürfe;

vgl. l. 1. pr. l. 21. §. 1. de pignor. (20. 1.)

davon aber, daß die so verpfändete Sache nicht wegen Impensen retinirt werden dürfe, ist in der Stelle keine Rede.

Die l. 14. §. 2. Cod. de compens. (4. 31.)

spricht von der Compensation und ist schon deshalb zum Beweise hier nicht geeignet.

Sintenis a. a. O. not. 77.

Die Stelle kann auch sogar von dolosem Occupiren fremder Sachen verstanden werden, in welchem Falle ein furtum vorläge, welches sowohl Compensation als Retention ausschließt.

Die übrigen von Schenk und Sintenis (a. a. O. not. 85.) angeführten Stellen besagen nur, daß der malae fidei possessor der rei vindicatio gegenüber wegen nützlicher Verwendungen kein Retentionsrecht habe.

§. 17.

In Betreff der Frage, inwieweit zur Geltendmachung des Retentionsrechts Liquidität erforderlich sey, *) können wir in den Quellen des römischen Rechts keine Entscheidung erwarten. Zur Zeit des Ordinarprocesses fand ja jede überhaupt zulässige Einrede beim judex vollständiges Gehör, und war namentlich die Verweisung einer Einrede ad separatum wegen mangelnder Liquidität völlig unbekannt, ja mit dem ganzen Wesen des Processes unvereinbar. Erst Justinian hat bekanntlich in l. ult. §. 1. Cod. de compens. (4. 31.) hiervon die Ausnahme gemacht, daß die Einrede der Compensation, soweit sie durch exceptio doli geltend gemacht wird, zu ihrer Liquidation nicht so bedeutend längere Zeit, als die eingeklagte Forderung in Anspruch nehmen darf, daß die Hemmung der Letzteren in ihrer Geltendmachung als unbillig erscheint.

Sintenis, Civilrecht Bd. 2. S. 426 ff.

Dagegen ist es in Betreff der aus derselben Obligation herrührenden Gegenforderungen beim Alten geblieben, wonach der judex den Beklagten nur in soviel condemnirte, als er nach Abzug seiner Gegenforderungen, mochten diese leicht oder schwer zu liquidiren seyn, wirklich schuldig war. Daß man aber diese blos auf Billigkeit beruhende, gegen die ratio juris verstoßende Ausnahme Justinians von der Regel nicht auf andere Fälle

*) Die verschiedenen Ansichten s. b. Schenk §. 40.

analogisch ausdehnen dürfe, bedarf keiner Ausführung. Also auch nach Justinianischem Rechte erfordert die wegen Verwendungen vorgeschützte exceptio doli keine Liquidität, möge der klägerische Anspruch auch sofort liquide seyn.

Heut zu Tage freilich, wo wir neben dem ordentlichen Processe verschiedene summarische Proceßarten haben, kann die Geltendmachung des Retentionsrechts, wenn sie in einer Proceßart geschehen soll, welche sofortige Liquidität der Einreden erheischt, allerdings unstatthaft seyn und eine Verweisung ad separatum stattfinden. Allein selbst im unbedingten Mandatsprocesse wird es doch genügen müssen, wenn der Beklagte hinlänglich bescheinigt, daß genügender Grund zur Ausübung des Retentionsrechtes vorhanden sey, mag dann auch die Liquidation dessen, was ihm gebührt, eine größere Umständlichkeit nöthig machen. Denn damit hat der Beklagte hinlänglich gezeigt, daß der Kläger etwas von ihm verlangt, was er in dem Umfange nicht verlangen darf. Der Beklagte soll ja im Besitze dessen bleiben, was er in der Sache vom Seinigen stecken hat, und der Kläger würde sich eines dolus schuldig machen, wenn er ihm diesen Besitz entziehen und auf den Weg der Klage verweisen wollte. Sobald es aber auch in dieser Beschränkung an der hinlänglichen Liquidität der Einrede mangelt, wird es dem Richter obliegen, dem Beklagten, welchem durch Herausgabe der Sache seine Ansprüche verloren gehen würden, diese zur Geltendmachung in separato vorzubehalten und dem Kläger unter Umständen sogar zur Begründung einer desfälligen Klage eine Caution aufzuerlegen. (s. S. 80. unter 2.)

Im ordentlichen und unbestimmt summarischen Processe dagegen wird dem Beklagten die Liquidation seiner Einrede auch da nicht zu versagen seyn, wo sie eine größere Umständlichkeit erfordert, wenn gleich der Anspruch des Klägers liquide ist. Weshalb hier diese Einrede von allen andern (abgesehen von der Compensationseinrede) eine Ausnahme machen sollte, ist nicht wohl zu begreifen. Man hat dagegen eingewendet, es finde gegen die in Betreff des Retentionsrechtes

vorgeschützte exceptio doli bei ihrer Illiquidität eine diese entkräftende replica doli statt, sobald der Kläger bereit sey, dem Besitzer in Betreff der Ansprüche desselben völlig genügende Sicherheit zu bestellen. Denn wenn der Besitzer sich trotzdem weigere, die Sache herauszugeben, so müsse man sagen, daß er sich in dolo befinde, weil er nun bei der Retention nicht mehr rechtlich interessirt sey.

Archiv f. d. Praxis des im Großherzogthum Oldenburg geltenden Rechts Bd. 5. S. 346 f.

Allein dies widerlegt sich schon durch den Inhalt des §. 14. *) Der Beklagte hat ja allerdings ein rechtliches Interesse daran, daß er die Sache nicht herauszugeben brauche, bevor ihm nicht das Seinige ausgekehrt ist, eben so gut wie der Compensationsberechtigte, daß seine Einrede nicht übergangen und er auf den Weg der Klage verwiesen werde.

l. 3. de Compens.

Sowohl dem Einen wie dem Andern liegt daran, zu behalten und im Genusse dessen zu bleiben, was er hat, und nicht bei Hinwegnahme desselben damit vertröstet zu werden, daß er es ja auf dem Wege der Klage zurückfordern könne. Wer in der Welt hat nicht lieber das Seinige im Besitze, als daß er klage! Das rechtliche Interesse daran wird denn ja auch von den Gesetzen mit dürren Worten anerkannt:

Minus est actionem habere, quam rem. l. 204. de R. J. . . . interfuit ejus potius per retentionem eas servare, quam solutum repetere. l. 59. de furtis.

---

*) Beiläufig gesagt fände ja auch gegen die exceptio doli generalis eine replica doli nicht statt. Wo diese sonst begründet war, genügte ein einfaches Läugnen des dolus, um dann hinterher beim judex dies durch die exceptio doli vernichtende Thatsachen begründen zu können.

vgl. Keller röm. Civilproceß §. 37. not. 416.

Etwas anders war es, wenn die Einrede nicht in jus, sondern in factum concipirt war, z. B. exceptio pacti de non petendo.

l. 14. de fidejussor (46 1.)
l. 3. de compens. (16. 2.)
ſ. auch Seuffert, Archiv Bd. 9. n. 279.

§. 18.

Man findet ferner die Behauptung ausgeſprochen, daß das Retentionsrecht gegen die Concursgläubiger des Eigenthümers der Sache nicht geltend gemacht werden könne.

Schenk S. 346 ff.

Seuffert, Archiv Bd. 4. n. 197.

Schmidt, Handbuch des Civilproceſſes Bd. 3. S. 204 ff. u. die not. 33. daſelbſt angeführten Schriftſteller.

Schenk begründet dies damit, daß das Retentionsrecht ein perſönliches Recht ſey, welches wohl dem eigentlichen „Retentionsgegner" gegenüber wirke, nicht aber ſeinem Singularſucceſſor gegenüber, ſo wenig wie die Rechte des Miethers u. ſ. w. Die Concursgläubiger ſeyen aber auch Singularſucceſſoren des Cridars, nur daß durch den Concurs die Befugniſſe des Retinenten als Gläubiger (ſeine Forderungsrechte) nicht vermindert würden. *)

Schmidt bemerkt: wenn es auch richtig ſey, daß die von den Creditoren geltend gemachten Rechte des Cridars an ſich nicht bedeutender ſeyn könnten, als wenn ſie von dem Letztern ſelbſt geltend gemacht wären, ſo würden doch die Rechte derjenigen, welche Anſprüche gegen den Cridar geltend machten, geringer, inſofern, als und aus dem Grunde, weil nach dem Weſen des deutſchen Concursproceſſes alle eigentlichen Concursgläubiger auf die zur beſondern und vom Concursverfahren getrennten Realiſirung ihrer Rechte begründeten Mittel und

*) Schenk hat ſich hierüber in der Zeitſchrift für Civilrecht u. Proc. Bd. 13. n. 4. noch weiter ausgelaſſen.

Wege verzichten müßten, und nur neben den übrigen concurrirenden Creditoren in vereintem Verfahren und aus vereinter Masse ihre Befriedigung zu suchen hätten. — Selbst der Faustpfandgläubiger müsse ja sein „Retentionsrecht" aufgeben, da die s. g. Universalität des deutschen Concursverfahrens solche Beschränkungen und folgeweise Erweiterungen des Gläubiger-Corps herbeiführten. Eine Verbindlichkeit des Faustpfandgläubigers nach der Concurseröffnung zum öffentlichen Verkaufe des Pfandes zu schreiten, würde sich nicht nachweisen lassen, und zur Einlösung des Pfandes könne es der Concursmasse an Mitteln fehlen.

s. auch Bayer, Concursproceß §. 28.

Allein alle diese Gründe für das Erlöschen des Retentionsrechts durch Concurseröffnung gegen den Eigenthümer der Sache treffen das eigentliche Wesen der Sache nicht. Das Recht des Retinenten als solchen ist kein persönliches Recht, es beruht gar nicht auf einem Obligationsverhältnisse (§. 5. 6.), sondern lediglich in einer Detention der Sache, welche er dem Eigenthümer und jedem andern Berechtigten nur dann herauszugeben schuldig ist, wenn ihm das Seinige, welches factisch darin steckt, herausgegeben wird (§. 4.). Eben weil er so das Seinige zu behalten befugt ist, kann auch ein Singularsuccessor des Eigenthümers ihm dasselbe nicht nehmen. Die rei vindicatio wird ja eben durch das vorhandene Retentionsrecht des Besitzers modificirt, und daher muß auch der Pfandgläubiger sich dasselbe gefallen lassen.

l. 29. §. 2. de pignor. (20. 1.) *)

---

*) Die l. 44. §. 1. de damno inf. (39. 2.), von der bereits ebenso wie von l. 29. §. 2. oben §. 8. unter 6. die Rede war, gehört dagegen nicht hieher. Die dort erwähnte Beschränkung des Retentionsrechts, welche dem Pfandgläubiger gegenüber stattfindet, wird aber wegfallen müssen, wenn die Verwendungen bereits vor der Verpfändung gemacht waren. Soweit der Besitzer wegen derselben gegen den

Wäre hier ein bloßes Obligationsverhältniß vorhanden, so wäre das ja eben so unerklärlich, als der Ausspruch in l. 59. de furtis: daß der Eigenthümer, welcher die von ihm commodirte Sache dem Commodatar heimlich entzieht, einen Diebstahl begeht, wenn dieser wegen Verwendungen ein Retentionsrecht hatte. Das furtum wird ja nur dadurch möglich, daß man sich (abgesehen vom furtum possessionis) an einer fremden Sache vergreift.

Vangerow, Leitfaden §. 679.

An Obligationen ist ein furtum nicht denkbar, und auch da findet es nicht statt, wo der Andere blos in Folge eines obligatorischen Anspruchs die Detention der Sache hat.

eod. unter II.

Die Ausnahme, welche Vangerow hier für den Fall macht, daß der obligationsmäßige Detentor in der Lage war, ein Retentionsrecht ausüben zu können, läßt er unerklärt, und sie bliebe unerklärlich, wenn auch das Retentionsrecht auf einer Obligatio beruhte. Die actio furti steht ja hier dem Detentor vielmehr deshalb zu, weil ihm das gestohlen worden, was ihm naturaliter gehört, was er factisch noch hat und als das Seinige behalten will.

Ist nun das Retentionsrecht weder ein persönliches, noch ein dingliches Rechtsverhältniß, beruht es vielmehr auf der bloßen Detention einer Sache, mit der Befugniß, diese Detention gegen jeden durch Einrede zu vertheidigen, so lange man factisch das Seinige in der Sache stecken hat, so ist nicht einzusehen, wie den Concursgläubigern des Eigenthümers der Sache das Recht zustehen könne, diese dem Retinenten abzufordern, ohne ihm dabei das Seinige herauszukehren.

Der Satz des modernen Concursprocesses, daß alle Gläubiger auf die zur besondern und vom Concursverfahren ge-

---

Eigenthümer das Retentionsrecht hatte, wird es ihm auch gegen den Pfandgläubiger verbleiben müssen, da jener diesem ja nicht mehr Rechte verpfänden konnte, als er selbst hatte.

trennten Realisirung ihrer Rechte begründeten Mittel und Wege verzichten müssen und sich bei der Universalität des Verfahrens auf Verfolgung ihrer Rechte im Concurse einzulassen haben, kann hiergegen nichts entscheiden. Der Satz ist nur in gewisser Maße richtig. Die Eröffnung des Concurses hat die Folge, daß alle eigentlichen Forderungsrechte, mögen sie auch mit dinglichen Rechten, wie z. B. Pfandrecht, verbunden seyn, im Concurse zu liquidiren nnd nach der Priorität zu lociren sind; der Pfandgläubiger soll daher auch sein Faustpfand unter Vorbehalt aller Vorrechte, welche ihm dasselbe giebt, zur Concursmasse einliefern, denn es ist ungezweifeltes Eigenthum des Cridars, es muß als solches mit zum Verkauf kommen, um auch zur Befriedigung anderer Gläubiger mit dienen zu können, und dem Pfandgläubiger wird dadurch im Effect nichts entzogen. Der Pfandgläubiger ist ja auch nicht befugt, ohne Weiteres zum Verkaufe des Pfandes zu schreiten; er muß erst vom Pfandschuldner selbst seine Befriedigung suchen, und dies kann er jetzt nur dadurch, daß er sich in den Concurs einläßt. Durch das Concursrecht wird ihm hier nun soweit Befriedigung zugesichert, als er sie vermöge seiner persönlichen Forderung nach dem Bestande der Masse erhalten kann. Um diese Masse zu ermitteln, ist auch der Verkauf des Pfandes nothwendig, und damit er bei Unzulänglichkeit derselben nichts verliere, bleibt ihm auch sein durch das Pfand erlangtes Vorrecht gesichert. *)

---

*) Die ganze Frage ist bekanntlich sehr streitig.

s. Spangenberg in der Zeitschr. für Civilrecht Bd. 5. S. 196 ff. Bayer, Concursproceß §. 28. not. 1.

In Obigem ist davon ausgegangen, daß nach Justinian's Vorschrift der Pfandgläubiger den Verkauf des Pfandes nicht eher vornehmen soll, als nach Ablauf von 2 Jahren, nachdem der Schuldner rechtskräftig verurtheilt, oder unter Androhung des Pfandverkaufs zur Zahlung aufgefordert worden.

l. 3. §. 1. Cod. de jure dominii impetrando (8. 34.)

Die Erkennung des Concurses hat aber h. z. T. die Folge, daß alle

Von dem Verkäufer, welcher für die von ihm an den Cridar verkaufte, aber noch nicht tradirte Sache den Kaufpreis noch nicht empfangen hat, läßt sich aber dasselbe nicht sagen.

---

persönlichen Ansprüche an den Gemeinschuldner nur in diesem geltend gemacht werden können; der Pfandgläubiger muß daher, wenn er den Verkauf bewirken will, sich in den Concurs einlassen. Andern theils haben die Concursgläubiger ein Recht darauf, daß das Pfand zum Verkaufe komme, damit der Ueberschuß den übrigen Gläubigern zu Gute komme. Das sämmtliche Vermögen des Gemeinschuldners soll ja unter sie vertheilt werden. Hieraus scheint mit Nothwendigkeit zu folgen, daß der Concursrichter sich ins Mittel zu legen und zur Wahrung des Interesses aller Betheiligten den Verkauf des Pfandes neben der übrigen Concursmasse wahrzunehmen hat.

Spangenberg a. a. O. S 201. setzt freilich entgegen, der Richter könne eines Theils die der Masse aus dem Faustpfandcontracte noch übrigen activen Rechte dadurch realisiren, daß er von der Einlösungsbefugniß Gebrauch mache; andern Theils könne er aber auch den Faustpfandgläubiger zum öffentlichen Verkaufe des Pfandes auffordern, und den Anspruch der Masse auf den Ueberschuß geltend machen. Allein der erstere Einwand führt in seiner Ausführung dahin, daß die Concursmasse vielleicht durch die Einlösung des Pfandes eine Einbuße erleidet, indem sich nicht mit Gewißheit voraussagen läßt, was das Ergebniß des Verkaufs der Sache seyn werde; der zweite Einwand nähert sich dagegen der obigen Ansicht. Es ist aber gegen diesen einzuwenden, daß einer Aufforderung an den Pfandgläubiger, daß er das Pfand verkaufe, gesetzlich kein Nachdruck gegeben werden kann.

Wohin soll es aber führen, wenn man mit Spangenberg gestatten will, daß zwar nicht die Concursmasse, wohl aber ein anderer Pfandgläubiger, etwa vermöge eines generalen Pfandrechts, die Sache an sich ziehen und außerhalb des Concurses zu seiner Befriedigung verkaufen dürfe? Der Pfandgläubiger würde hier theils im Concurse, theils außerhalb desselben Befriedigung suchen und sich in letzterer Hinsicht der Controle des Concursrichters entziehen; ja, man käme bei dieser Ansicht folgerichtig dahin, daß jeder Pfandgläubiger, der Pfänder vorfindet, die sich im Besitze Dritter befinden, sich an diese halten könne und auf das Concursverfahren nicht einzugehen brauche.

Mag man übrigens über die ganze Controverse denken, wie man wolle, immer geht wohl aus dem Obigen genügend hervor, daß von dem Rechte des Pfandgläubigers kein Schluß auf das Retentionsrecht gemacht werden darf.

Er ist, obgleich er der Sache wegen zum Cridar im Obligationsverhältnisse steht, Eigenthümer oder doch Besitzer derselben, und giebt trotz des Concurses, in den der Käufer gerathen, diese Sache nicht eher an die Concursmasse heraus, als bis diese ihm den Preis c. c. dafür zahlt. So lange Letzteres nicht geschieht, ist er gegen die Klage der Concursgläubiger durch Einrede geschützt. Ihre Klage ist dadurch bedingt, daß sie den Preis anbieten, und ehe dies nicht geschieht, findet die Klage nicht statt.

l. 13. §. 8. Emti vend. (19. 1.)

Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Rechte des Retinirenden. Nicht die Klage ist hier zwar durch Anerbietung der Herauskehrung der Impensen ꝛc. bedingt, aber doch die condemnatio oder h. z. T. die Execution. Auch der Retinirende soll das, was er factisch als das Seinige besitzt, behalten, bis ihm das Aequivalent soweit dafür wird, daß der Andere sich nicht unbillig auf seine Kosten bereichert. Das würden die Concursgläubiger aber thun, welche ihm die Sache abnehmen, mit der Aufforderung, seine Ansprüche im Concurse zu verfolgen, um dort dann etwa ganz oder theilweise leer auszugehen. Auch er sagt, wie der Verkäufer: minus est actionem habere, quam rem. Und was soll hier aus dem bloßen possessor einer fremden Sache werden, der auf diese Verwendungen gemacht hat, dem deshalb gar kein Forderungsrecht zusteht, und von dem es daher heißt: nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse (l. 33. de cond. indeb. §. 3.)? *)

*) Im Resultate, wenn auch nicht in den Gründen, stimmt hiemit überein:

Sintenis, Handb. des Pfandrechts S. 244 ff.

Daß Pfandgläubiger, welche sich unter den Concursgläubigern finden, die Sache vermöge ihres Pfandrechts an sich ziehen können, betrifft eine ganz andere Frage. Daß aber auch gegen diese ein Retentionsrecht stattfinden könne, ist bereits oben (§. 8. zu 6.) erör-

§. 19.

Blicken wir nun auf das Vorhergehende zurück, so finden wir, daß die bisherige, selbst auch die von den Neuern, wie Sintenis, berichtigte Lehre sich nicht bewährt; daß das Retentionsrecht insbesondere keine Forderung voraussetzt, zu deren Sicherung sie ähnlich wie das Pfandrecht dienen soll; daß es also noch weniger auf Connexität der Forderung mit der retinirten Sache ankommt, auch im Allgemeinen nicht, daß der Retinirende die Sache bona fide bekommen habe; daß ferner die Lehre, das Retentionsrecht trete immer auch da ein, wo die Gegenforderung des Schuldners aus demselben Rechtsverhältniß und darauf bezüglichen Handlungen und Ereignissen entsprungen, aus welchen gegen ihn auf Herausgabe der Sache geklagt wird, sowie da, wo die Forderung durch die Sache selbst entstanden sey, nicht allein durchaus keine Beweise für sich hat, sondern mit dem übrigen Rechte nicht zu vereinbaren ist und gradeswegs andern gesetzlichen Ansprüchen widerspricht; daß vielmehr ein Retentionsrecht nur da anzuerkennen ist, wo der Besitzer die Restitution der Sache so lange verweigern darf, bis ihm das Seinige, welches in derselben steckt und er factisch noch mit der Sache in Händen hat, vom Andern gegen deren Herausgabe herausgekehrt wird; daß

---

tert. Wenn aber Lenz in Weiske Rechtslexion Bd. 9. S. 400. den Concursgläubigern als solchen dasselbe Recht wie den Pfandgläubigern beilegt, weil die gesammte Gläubigerschaft des Cridars nach Analogie der römischen Mission ein gemeinsames praetorisches Pfandrecht an der Masse gewinne, so trifft das schon deshalb nicht zu, weil das dingliche Recht des in possessionem missus erst von dem Augenblicke beginnt, wo derselbe durch Einweisung in den körperlichen Besitz die Herrschaft über die Sache erlangt hat.

Sintenis, Civilrecht I. S. 627.

Puchta, Pandecten §. 198.

Zimmern, Röm. Rechtsgesch. Bd. 3. §. 76—86.

also auch ein Retentionsrecht an eigener Sache nicht denkbar ist und in den Gesetzen nichts der Art vorkommt; daß aber in allen Fällen, wo ein Retentionsrecht geltend gemacht wird, die Klage nicht abzuweisen, sondern der Beklagte bedingungsweise zur Herausgabe derselben zu verurtheilen ist, nämlich unter der Bedingung, daß er dagegen dem Beklagten das Seinige Zug um Zug ersetze; daß daher diese Fälle streng von denen zu scheiden sind, wo die Klage auf Grund der exceptio doli abgewiesen wird, selbst wenn hier die exceptio doli ebenfalls darauf beruht, daß der Kläger eine Leistung verweigert, welche Bedingung der Herausgabe der Sache und deren Erfüllung, oder wenigstens doch Angebot zur Begründung der Klage erforderlich ist. Es ergiebt sich ferner aus der Natur des so gestellten Retentionsrechts, daß die Aufgebung desselben durch Cautionsleistung des Klägers nie erzwungen werden kann, und daß es auch noch gegen die Concursgläubiger des Gegners seine Kraft behauptet.

Das eigentliche Retentionsrecht führt namentlich bei seiner processualischen Durchführung dahin, daß die Gegenansprüche des Beklagten genau festzustellen sind, was da, wo auf Grund der exceptio doli Abweisung der Klage erfolgt, nicht der Fall ist; — daß also durch das richterliche Urtheil genau bestimmt wird, was beide Partheien einander zu leisten haben, um so einen Austausch dieser Leistungen herbeizuführen. *)

*) Demnach wäre auch der Eingangs (S. 1.) gedachte Satz, daß das Retentionsrecht nichts anderes sey, als eine Anwendung der exceptio doli, die sich von andern Anwendungen derselben nur factisch und zufällig unterscheidet, wohl nicht ganz richtig. Zwar unterscheidet sich die exceptio doli, durch welche das Retentionsrecht geltend gemacht wird, in ihrer factischen Grundlage von andern in dieser Form geltend gemachten Einreden, aber sie unterscheidet sich nicht blos darin von ihnen, sondern auch in ihrem rechtlichen Erfolge.

Wohin aber die Gleichstellung solcher Fälle führe, wenn in der Theorie oder durch Gesetzgebung oder Praxis der Satz, daß der Kläger das Retentionsrecht durch Cautionsleistung beseitigen könne und daß es den Concursgläubigern gegenüber seine Kraft verliere, aufrecht erhalten wird, springt sofort in die Augen, wenn man einzelne Fälle des Retentionsrechts, welche im Obigen der bisherigen Lehre bestritten worden, dabei ins Auge faßt. Danach muß der Verkäufer, welcher noch den Kaufpreis ganz oder zum Theil zu fordern hat,*) oder nach dem Verkaufe auf die Erhaltung der Sache Verwendungen gemacht hat (§. 8. n. 5.), die Sache herausgeben, um hinterher seine Ansprüche klagend oder im Concurse geltend zu machen und vielleicht nichts dafür zu erhalten; der Nießbräucher (§. 9. n. 9.) muß den Gegenstand des Nießbrauchs herausgeben, um hinterher Cautionsleistung zu erwarten; der Erbe das Legat (§. 9. n. 2.), um hinterher wegen der Quarta Falcidia sein Heil zu versuchen; der Eigenthümer eines Grundstücks muß die durch vis major darauf geführten Sachen unter Gefahr seiner Beschädigung (§. 10. n. 1. 2. u. 3.) abführen lassen, ohne vorgängige Sicherstellung erlangen zu können; wer ein Grundstück, welches 200 werth, auf eine Forderung, welche 100 betrug, aber irrig zu 200 angenommen wurde, in Zahlung empfangen hat (§. 11. n. 1.), soll es wieder herausgeben, die durch datio in solutum getilgte Forderung von 100 aber hinterher geltend zu machen suchen; der Minderjährige, dessen Grund-

---

Denn während die letztern Einreden gänzliche oder theilweise Abweisung der Klage bewirken, ist dies bei der exceptio doli, welche das Retentionsrecht in Schutz nimmt, soweit nicht der Fall, als nicht blos Impensen und genossene Früchte oder andere Nebendinge gegen einander aufgerechnet werden, sondern der Beklagte trotz der Einrede bedingungsweise zur Herausgabe der Sache zu verurtheilen ist.

*) Puchta, Pand. §. 94. not. b.
Arndt's Pand. §. 102. not. l.
Böcking, Pand. §. 127. not. 13.

stücke gegen Zahlung oder Darlehn, die zu seinem Nutzen gekommen, verkauft oder verpfändet sind, fordert diese zurück, ohne dabei das Empfangene zu erstatten (8. 8. n. 9.). Doch genug solcher Beispiele; sie genügen, um sofort anschaulich zu machen, zu welchen Abwegen die bisherige Lehre nothwendig führen muß. —

Anhang.

Zu §. 4. (S. 27. 28.)

Sehr sprechend ist noch

l. un. §. 5. i. f. Cod. de rei uxor. act. (5. 13.)

„ „ „ „ Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. Quum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitatem, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris . . . .

Freilich liegt immer in der Retention eine Detention, allein da man so geneigt ist, mit der Retention einen besondern Begriff zu verbinden, so kommt der Ausdruck in obiger Stelle hier jedenfalls sehr zu Statten.

Auch die mehr angeführte l. 59. de furtis darf hier noch insofern erwähnt werden, als es auch hier heißt:

. . . nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerit, interfuit ejus potius per retentionem eas servare, quum ultro commodato agere; ideoque furti actionem habebit. cf. l. 14. §. 1. l. 61. §. 8. eod.

So wenig nun wohl zu bezweifeln seyn möchte, daß die actio furti des Commodatars gegen den Commodanten hier blos deshalb begründet ist, weil dieser ihm das entzieht, was er an Impensen detinirt und ferner zu detiniren ein rechtliches Interesse hat (s. §. 18. S. 94.), so dient umgekehrt dieser Umstand zur Bestätigung des S. 27. u. 28. vertheidigten Satzes.

Zu §. 5.

Die in der S. 30. not. angeführten und dort dem Sinne nach nur unvollkommen erwähnten Stellen haben von jeher sehr verschiedene Auslegungen gefunden. *)

Nach l. 49. cit. beruht die actio negotiorum gestorum des Testamentserben gegen den evincirenden Intestaterben darauf, daß er seine eigenen Sachen, die der Testator legirt hatte, dem Legatar zur Befolgung dieses Vermächtnisses gegeben hat. Ungeachtet er hier nun eine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen beabsichtigte, soll er dennoch nach African's Ausspruch, anscheinend den sonstigen Grundsätzen der actio negotiorum gestorum contraria zuwider, den Testamentserben auf Ersatz in Anspruch zu nehmen berechtigt seyn. Die angeführte Abhandlung von Kämmerer ist hauptsächlich der Auslegung dieser Stelle gewidmet, und kommt er S. 342. bis 347. zu dem Resultate, daß, da hier der vermeintliche Erbe seine eigenen Sachen hingegeben und dadurch der wahre Erbe von seiner Verbindlichkeit gegen den Legatar frei geworden sey, indem dieser keinen Anspruch auf zweimalige Lieferung derselben species haben könne, dies zur Erklärung der Stelle ausreiche. Weil nämlich der wirkliche Erbe rechtlich verbunden war, die legirten Sachen dem vermeinten Erben wieder abzukaufen, wenn Letzterer sie vom Legatar zurückerhalten hatte: mithin hier sich nur das nämliche Resultat ergeben haben würde, welches offenbar auf kürzerem Wege durch Gestattung einer negotiorum gestorum actio contraria gegen den wahren Erben zu erreichen stand: so mogte und konnte African zur Vermeidung eines so völlig nutzlosen Umweges es wohl mit Recht für angemessen halten, statt der dem vermeinten Erben sonst zu gewährenden condictio indebiti gegen den Legatar lieber eine Befreiung des wahren

*) M. s. das Nähere darüber bei Kämmerer a. a. O.

Erben anzunehmen und in Folge dessen die Statthaftigkeit der negotiorum gestorum actio gegen den Letztern auszusprechen.

Vangerow, Leitfaden §. 664. tritt Kämmerer hier bei, ohne dabei jedoch auf dessen Bemerkung, daß ja dem vermeintlichen Erben gegen den Empfänger seiner Sachen eine Rückforderung zugestanden hätte, Rücksicht zu nehmen; er legt hier allein Gewicht darauf, daß der vermeintliche Erbe seine eigene species, welche den Gegenstand des Vermächtnisses bildete, an den Legatar herausgegeben und dadurch den wahren Erben liberirt hatte. — Dies mögte aber jedenfalls zur Erklärung der l. 49. nicht ausreichen, indem es rechtlich gewiß einerlei seyn wird, ob hier ein Legat durch Hingabe einer eigenen species des vermeintlichen Erben, oder durch Hingabe eigenen Geldes desselben erfüllt worden. Dabei bleibt es dann aber unerklärlich, wie der vermeintliche Erbe, der eine eigene Schuld zu entrichten beabsichtigt hatte, dadurch eine actio negotiorum gestorum gegen den wahren Erben erwerben konnte.

vgl. l. 38. §. 2. i. f. de solut. (46. 3.)

Unzweifelhaft richtig ist daher wohl die Erklärung, welche Sintenis, Civilrecht Bd. 2. S. 585. nach dem Vorgange Unterholzner's giebt, indem er allgemein den Satz hinstellt, daß, wenn Jemand eine fremde Schuld in der Meinung, es sey seine eigene, bezahlt, damit alsdann eine actio negotiorum gestorum gegen den wahren Schuldner erwirbt, wenn er auf die Rückforderung verzichtet und ihn somit liberirt, denn hier liegt ja in diesem Verzichte des vermeintlichen Erben offenbar eine negotiorum gestio. — Schon Kämmerer war dem Obigen nach auf dem Wege gewesen, die Sache so zu erklären.

Während nun in l. 49. cit. der Fall anscheinend so lag, daß der vermeintliche Erbe, als er zahlte, nicht im Besitze der Erbschaft war, sey es, daß er ihn nie gehabt, oder ihn schon wieder verloren hatte, ohne daß eine Kürzung seiner Verwendungen geschehen war, — lag im Falle der l. 17. cit. der Fall insofern anders, als der vermeintliche Erbe sich noch im

Besitze der Erbschaft befand. Auch hier hatte er die vom Testator auferlegten Legate aus dem Seinigen bezahlt. Wenn nun die Erbschaft ab intestato evincirt werde, sagt hier Gajus, und den Besitzer insofern ein Schaden treffe, daß er sich nicht durch die Stipulation vorgesehen habe, es sollten ihm die Legate im Falle der Eviction der Erbschaft wieder herausgegeben werden, so ergebe es sich doch, daß, weil es seyn könne, daß er die Legate zu einer Zeit gezahlt habe, wo ihm die Erbschaft noch unbestritten gewesen sey und er deshalb die Caution versäumt habe, ihm in diesem Falle nach der Eviction der Erbschaft das Rückforderungsrecht zuzusprechen sey. *) Wenn aber auch bei Ermangelung der Caution ein Rückforderungsrecht gegeben sey, so laufe der vermeintliche Erbe doch Gefahr, daß er wegen Insolvenz desjenigen, dem das Legat gezahlt sey, nichts wieder erlangen könne; und deshalb sey ihm nach dem Geiste des Senatusconsults zu Hülfe zu kommen, so daß er durch Einbehaltung von Bestandtheilen der Erbschaft sich selbst befriedige, dagegen aber dem Kläger seine Klagen cedire, damit dieser auf seine Gefahr sie anstelle.

Wenn nun aber auch in dieser sonst so sprechenden Stelle der Möglichkeit einer actio negotiorum gestorum des vermeintlichen gegen den wahren Erben nicht erwähnt wird, so erklärt sich dies wohl einfach schon daraus, daß Gajus gar keine Veranlassung fand, einer solchen Möglichkeit zu gedenken, eben weil der vermeintliche Erbe hier durch den Besitz der Erbschaft und die ihm zustehende Kürzung an derselben schon hinlänglich gesichert war.

Mögte nun somit die l. 49. §. 1. bereits eine hinläng-

---

*) Geschah die Zahlung, nachdem schon der Streit um die Erbschaft begonnen war, so wußte der Testamentserbe ja, daß er möglicherweise eine fremde Schuld bezahle, womit dann nach bekannten Grundsätzen der condictio indebiti

l. 11. Cod. de condict. indeb. (4. 5.)

das Rückforderungsrecht wegfiel.

liche Erklärung gefunden haben, so läßt sich doch von l. 50. §. 1. cit.:

> Si defuncto monumentum conditionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, — quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumtus vel quantum testator jusserit, non excedat — eum, cui auferitur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto. Quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen Principali vel Pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

schwerlich dasselbe sagen. Kämmerer a. a. O. S. 177 ff. weiß keine andere Erklärung zu finden, als daß er hier eine auf besonderen Gründen beruhende Ausnahme von der Strenge des Rechts annimmt, gerade wie in den vorher von ihm behandelten Fällen der actio funeraria in l. 14. §. 11. und l. 32. pr. de religiosis. — Vangerow a. a. O. erklärt die Stelle auf derselben Grundlage, wie dem Obigen nach die l. 49. §. 1. cit. — Sintenis a. a. O. nimmt hier mit Kämmerer einen Ausnahmefall an.

Allein das Letztere erscheint doch recht bedenklich. Wie konnte, darf man wohl fragen, der Jurist Papinian sich berechtigt halten, hier in der Beantwortung einer Rechtsfrage (die Stelle ist aus Lib. III. Quaestionum Papiniani entnommen) eine Ausnahme von der ratio juris einführen zu wollen? Gewiß wird man stets Anstand nehmen müssen, eine solche Absicht beim Ausspruche eines römischen Juristen vorauszusetzen, da er es nur als seine Aufgabe betrachten konnte, das Recht zu interpretiren,*) nicht aber einen Bruch in dasselbe zu machen. Daß Papinian aber auch Ersteres und nicht Letzteres wollte, ergeben ja auch wohl schon seine eigenen Worte, indem er nach Erwähnung des Falls bemerkt:

*) Puchta, Pand. §. 15. not. p. Cursus §. 78. u. 101.

Man könne sagen, (potest dici), weil der Wille des Verstorbenen, selbst in dieser Anordnung, zu befolgen sey, und vorausgesetzt, daß die Kosten des Monuments das gehörige Maß oder den desfälligen Willen des Testators nicht überstiegen, *) — daß der, welchem die Erbschaft wieder entzogen werde, seine Impensen entweder mittelst exceptio doli einbehalten, oder mit der actio negotiorum gestorum, gleichsam als wenn hier ein Geschäft für die Erbschaft selbst geführt sey, zurückfordern könne. Denn wenn gleich nach strengem Rechte die Erben durch keine Klage zur Errichtung des Monuments verbunden seyen, so könnten sie doch durch Autorität des Princeps oder Pontifex genöthigt werden, den letzten Willen des Erblassers zu befolgen.

Man sieht hier doch wohl deutlich genug, daß Papinian in diesem Falle nichts von der ratio juris Abweichendes, sondern in Erwägung des ganzen Rechtsverhältnisses dem sonst bestehenden Rechte gemäß antworten wollte.

Der Grund, welchen Papinian für seine Ansicht hatte, scheint denn aber in der That auch nicht so sehr fern zu liegen. Wenn der Testator hier seinem eingesetzten Erben conditionis implendae gratia auferlegt hat, ihm ein monumentum zu bauen, so entsteht, um sich das in unserm Falle vorliegende Factum völlig klar zu machen, die Frage, was hier unter monumentum zu verstehen sey, ob hier eine Grabstätte, oder ein bloßes Grabmal (Denkmal) darunter verstanden werden müsse. Daß ein Testator seinem Erben auferlegte, ihm ein Monument zu errichten, war bei den Römern nichts Ungewöhnliches, s. z. B.

l. 86. §. 2. de acquir. vel. om. heredit. (29. 2.)

l. 17. §. 4., l. 26., l. 27., l. 40. §. ult. de condition. (35. 1.)

l. 7. de annuis leg. (33. 1.)

*) vgl. l. 14. §. 6. do religios. (11. 7.)

In der Bedeutung einer bloßen Grabstätte für sich brauchte der Testator aber eine solche Auflage nicht zu machen, weil der Erbe zu deren Herstellung ohnehin schon verbunden war.

l. 12. §. 4. l. 14. §. 1. l. 17. de religiosis (11. 7.)

Es konnte das Monument nun aber blos die Bedeutung eines Grabmals haben.

l. 43. de R. V. (6. 1.)

l. 27. de condition (35. 1.)

Es konnte aber auch zugleich als Grabstätte dienen sollen,

l. ult. pr. de mortuo inf. (11. 8.)

l. 44. de manumissis testam. (40. 4.)

und wurde dann nach der Bestattung des Todten gradezu als sepulcrum betrachtet,

l. 42. de religios. (11. 7.)

während ein monumentum purum keine res religiosa war.

l. 6. §. ult. eod. l. 2. §. 4. 5. 6. eod.

l. 9. 10. de donat. int. vir. & ux. (24. 1.)

War einem einzigen Intestaterben die Errichtung eines solchen monumentum purum auferlegt, so war dieser an die Auflage nicht mittelst Klage gebunden, und nur, wenn er einen Miterben hatte, konnte dieser seines Affectionsinteresses wegen

s. Puchta Cursus Bd. 3. S. 4.

mit der actio familiae erciscundae die Erfüllung der Auflage verlangen.

l. 7. de annuis leg. (33. 1.)

Der Erblasser stellte daher auch wohl die Bedingung für den Antritt der Erbschaft, daß der eingesetzte Erbe zuvor schwöre, die Auflage erfüllen zu wollen.

l. 26. de condition. (35. 1.)

Nach

l. 1. §. ult. ad leg. Falc. (35. 2.)

soll bei Berechnung der Quarta Falcidia nur das vorab von der Erbschaft abgehen, was wirklich zur Leichenbestattung erforderlich war, nicht aber, was der Erblasser dabei zur Errichtung

eines Monuments legirt hat; dies soll vielmehr dem Abzuge der Quart unterworfen seyn. *)

Hieraus ergiebt sich also auch, daß im Falle der l. 50. §. 1. der Testamentserbe wegen der Kosten des eigentlichen Monuments sich, nachdem ihm die Erbschaft evincirt worden, mittelst einer actio funeraria nicht erholen konnte, wenn gleich er sonst nach

l. 14. §. 11. l. 32. de religios.

dazu berechtigt gewesen seyn würde. Es entstand also die Frage, wie hier dem vermeintlichen Testamentserben, wenn der Intestaterbe ihm die Erbschaft abforderte, zu helfen sey.

Da der Erblasser hier dem Testamentserben die Errichtung des Monuments conditionis implendae gratia auferlegt, also von der Erfüllung dieser Bedingung den Erwerb der Erbschaft abhängig gemacht hatte, die Bedingung aber sogar eine potestative war, so konnte der Testamentserbe die Erbschaft nicht eher erwerben und selbst nicht einmal gegen Cautionsleistung bonorum possessio erlangen, als bis die Bedingung vollständig erfüllt war.

Puchta, Pand. §. 475.

Als der eingesetzte Testamentserbe das Monument errichtete, stand er also noch außerhalb der Erbschaft; er errichtete es erst, um dadurch Erbe zu werden **) und ergriff erst nach Vollendung desselben bona fide Besitz von der Erbschaft. Er vollzog durch diese Monumentserrichtung den ihm kund gegebenen Willen des Erblassers. Freilich hatte er hiebei ein eigenes Interesse, aber immer vollzog er doch auch den Willen des Erblassers in dessen Interesse. Durch Ersteres wurde Letzteres

---

*) vgl. l. 37. §. 1. de religios. im Zusammenhalte mit l. 14. §. 6. eod.

**) Die Bestimmungen der l. 17. de hered. pet. u. Anderer, welche den Fall betreffen, wo der vermeintliche Erbe bereits als solcher im Besitze der Erbschaft ist und nun in der Meinung, dazu verbunden zu seyn, Erbschaftsschulden oder Legate bezahlt, treffen hier daher auch durchaus nicht zu.

nicht ausgeschlossen, wie denn auch unter Lebenden die actio mandati contraria stattfindet, wenn der Mandant dem Mandatar etwas aufgetragen hat, bei dessen Ausführung der Letztere sogar noch mehr interessirt ist, als er selbst.

l. 6. §. 5. mandati (17. 2.) vgl. l. 6. §. 3. de neg. gest. Wenn daher der Testamentserbe auch aus dem irrigen Beweggrunde handelte, daß er durch Ausführung des Monuments zur Erbschaft gelangen werde, so hatte er doch immer zunächst die Vollziehung des Willens des Erblassers im Auge, nur mit der Aussicht, daß er, ganz der Absicht des Erblassers gemäß, in der Erbschaft hinlänglichen Ersatz finden werde. Hier lag also weder die Absicht vor, blos für sich, in eigener Angelegenheit, zu handeln, noch auch ein freiwilliges Opfer, gleich einer Schenkung, zu bringen. *) — Wenn nun gleich der Testator sowohl, als der von ihm eingesetzte Erbe in Betreff der Gültigkeit des Testaments sich irrten, so hatte Letzterer, der doch immer im Hinblick auf den Willen des Erblassers und Ersatz seiner Auslagen aus der Erbschaft gehandelt, insofern gewissermaßen diese obligiren wollen, ja den Testator selbst, sofern dessen Persönlichkeit noch mit der von Niemanden angetretenen Erbschaft verbunden gedacht wurde.

Puchta, Pand. §. 446. u. not. a. daselbst.

Er contrahirte so gewissermaßen mit dem Erblasser, ähnlich, wie es in l. 1. de religiosis (11. 7.) heißt:

> Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede,

was, wenn es nur in Beziehung auf die eigentlichen Kosten der Leichenbestattung gesagt ist, doch hier ebensowohl Anwendung finden kann, da die actio funeraria ebenfalls dem zusteht, der in der falschen Meinung die Leichenbestattung besorgt hat, daß er selbst der Erbe sey, **) in dem einen wie in dem andern

*) vgl. l. 14. §. 7. de religios.

**) l. 14. §. 11. cf. l. 11. §. 2. 3. l. 14. §. 3. 7. eod.

Falle also nicht mit Hinblick auf den wahren Erben, sondern auf die Erbschaft und die in dieser repräsentirte Person des Erblassers gehandelt wurde.

Daher schreibt Papinian hier gewiß mit gutem Grunde dem vermeintlichen Erben eine negot. gest. actio gegen den wahren Erben zu, veluti hereditario negotio gesto;

vgl. l. 21. de negot. gest. (3. 5.) u. l. 3. §. 6. eod.

denn der Wille des Erblassers war durch ihn erfüllt, in der Errichtung des Monuments war das gehörige Maß des Kostenaufwands nicht überschritten, und der Intestaterbe konnte dieser Klage nicht einmal entgegensetzen, daß wegen Hinfälligkeit des Testaments Niemand zur Errichtung des Monuments verbunden gewesen sey; es sollte vielmehr dieser Wille des Erblassers unter allen Umständen erfüllt werden und selbst der Intestaterbe dazu auf außerordentlichem Wege genöthigt werden können.

Kämmerer a. a. O. S. 179. f. will nun diese Meinung Papinian's deshalb für eine Singularität erklären, weil die Verbindlichkeit des Intestaterben, allenfalls selbst das Monument errichten zu müssen, nach

l. 1. §. 6. de mortuo inf. (11. 8.)

auf religiösen Gründen beruht und deshalb eine Nöthigung dazu durch den Pontifex stattgefunden habe. Allein ist denn jede Verbindlichkeit, die zunächst auf moralischen oder religiösen Rücksichten beruht, eine Singularität, oder macht es in dieser Beziehung einen Unterschied, ob der Zwang auf dem Wege des Civilprocesses oder auf administrativem Wege herbeizuführen sey? *) Und wenn selbst diese Verbindlichkeit des Intestaterben etwas Singuläres wäre, ist es denn deshalb auch eine Singularität, daß dieser dasjenige, was der vermeintliche Testamentserbe zum Besten der Erbschaft als negotiorum gestor aufgewendet hat, erstatten muß? Die Frage war ja nur: ist der Intestaterbe, da er doch auch selbst zur Errichtung des Monuments gehalten seyn würde, nicht verpflichtet, dem Dritten das-

*) vgl. l. 7. de annuis leg.

jenige, was dieser zur Vollziehung der hier rechtsgültigen Willensäußerung des Erblassers für denselben und mit Hinblick auf Ersatz aus der noch ruhenden Erbschaft aufgewandt hat, zu erstatten verbunden? Bei Beantwortung solcher Frage kann es doch keinerlei Unterschied machen, ob die eventuelle Pflicht des Intestaterben, selbst das Monument zu errichten, auf jus singulare oder commune beruhte.

Durch die Schriftsteller, welche nach Kämmerer obigen Gegenstand eingehend behandelt haben,

Chambon, die negot. gestio S. 148. 154 ff.

Ruhstrat, im Archiv f. civ. Praxis Bd. 34. S. 68 ff.

ist nun jedenfalls bisher wohl keine im Allgemeinen befriedigende Erklärung gegeben worden. Chambon will in obigen Stellen singuläre Bestimmungen (S. 160.), gegründet auf Billigkeitsrücksichten, finden, die er in einer langen künstlichen Deduction zu rechtfertigen sucht. Ruhstrat findet in l. 50. §. 1. ebenfalls eine aus religiösen Rücksichten hervorgegangene singuläre Bestimmung, wogegen er bei l. ult. §. 1. cit. einwendet, daß die negot. gest. actio contraria nur dadurch begründet werde, daß durch ihre Anstellung auf das Rückforderungsrecht verzichtet, und damit der wahre Erbe liberirt wird. Darin hat Ruhstrat denn gewiß Recht, daß die actio negot. gestorum nicht durch blos einseitigen Entschluß des vermeintlichen Erben, auf die condictio indebiti zu verzichten, begründet werden kann. Allein das war auch wohl nicht die Meinung der oben erwähnten Schriftsteller, sondern es sollte ein gültiger Verzicht nach bekannten Grundsätzen vorhergehen. Derselbe Erfolg konnte also jedenfalls auch dadurch erreicht werden, daß der vermeintliche Erbe dem wahren Erben gradezu erklärte, daß er auf die condictio indebiti zu seinen Gunsten verzichte und dieser solches acceptirte, oder daß er dem Empfänger der legirten Sachen eine solche Erklärung zu Gunsten des wahren Erben ertheilte.

Zu §. 8.

S. 42. ist im Vorbeigehen gesagt worden, daß der Verpfänder dem hypothecarischen Gläubiger gegenüber die Verbindlichkeit auf sich habe, die Sache in gutem Stande zu erhalten. Dies könnte leicht einem Mißverständnisse unterworfen seyn. Gewiß würde der Gläubiger gegen den Verpfänder wegen solcher Vernachlässigung keine Klage haben, wie dies auch nach dem Zusammenhange der Darstellung nicht die Meinung des Verfassers war. Es sollte hier nur eine Art natürlicher Verbindlichkeit im weitesten Sinne angedeutet werden. Wenn also auch der A. dem B. eine einzelne Sache für eine Schuld des C. verpfändet hätte, Letzterer insolvent wäre und die Sache wegen der Vernachlässigungen des A. zur vollen Befriedigung des B. nicht mehr hinreichte, so würde diesem deshalb doch gegen A. keine Klage zustehen.

l. 27. de pignor. (20. 1.)

Allein auf der andern Seite würde A., der mit Aufopferung anderer Vermögenstheile die Sache vor Schaden bewahrt und dadurch die Sicherheit des B. erhalten hätte, einer hypothecarischen Klage des B. nicht eine exceptio doli wegen solcher Impensen entgegensetzen und diese etwa damit begründen können, daß ohne dieselben der Gegenstand der Hypothek untergegangen oder doch unzureichend geworden seyn würde; B. würde den dolus vielmehr schon deshalb in Abrede stellen dürfen, weil A., der ihn zu seiner Sicherheit auf die Sache verwiesen, die er selbst in Händen behalten, durch die Bewahrung derselben vor Schaden nur gethan habe, was ein rechtlicher, wohldenkender Mann als Ehrenpflicht ansehen muß.

vgl. Puchta, Cursus §. 268.
v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1. §. 12.

Aber ganz abgesehen hiervon wird ja der verpfändende Eigenthümer dem Pfandgläubiger gegenüber die Verwendungen nicht

geltend machen können, weil er selbst vorzugsweise bei Erhaltung der Sache interessirt ist.

Ueber die verschiedenen Versuche zur Auslegung der l. 44. §. 1. cit. s. m. Burchardi a. a. O. S. 167 f. Die Auslegung, welche Burchardi selbst giebt, hat wohl Manches gegen sich. Er gründet die Verbindlichkeit des vindicirenden Eigenthümers, dem Besitzer der Sache die Impensen zu ersetzen, darauf, daß es bei der Vindication leitendes Princip sey, daß der rechtswidrige Zustand, in welchem sich die dem Eigenthümer vorenthaltene Sache befunden hat, auch rückwärts für die Vergangenheit so weit möglich aufgehoben und ungeschehen gemacht werden solle, als wäre der Eigenthümer fortwährend selbst im Besitze gewesen. Daher solle der Beklagte nicht nur alle gezogenen Früchte und Nutzungen, sondern auch die vernachlässigten, die fructus percipiendos, herausgeben oder ersetzen; eben darum solle auch der Eigenthümer die Unterhaltungskosten für die Vergangenheit tragen, oder m. a. W. dem Beklagten die impensas necessarias ersetzen, in Gemäßheit der Regel: qui habet commoda, habet et onera. Dies Princip wäre freilich nur gegen den malae fidei possessor consequent durchgeführt. Allein wenn auch der bonae fidei possessor Ersatz der impensae necessariae erhalte, obgleich er die fructus consumtos lucrire, so sey dies doch ein mehr scheinbarer als wirklicher Vortheil, weil der Eigenthümer dagegen dem bonae fidei possessor auch nur insofern Impensen irgend einer Art zu ersetzen brauche, als diese nicht durch die von dem Besitzer lucrirten fructus consumtos gedeckt werden.

Diese Grundlage, von welcher Burchardi bei seiner Beurtheilung der l. 44. §. 1. ausgeht, ist aber schwerlich als richtig zuzugeben. Zwar ist es als leitendes Princip bei der Vindication anzuerkennen, daß der rechtswidrige Zustand, in welchem sich die dem Eigenthümer vorenthaltene Sache befunden hat, auch rückwärts für die Vergangenheit so weit möglich

aufgehoben und ungeschehen gemacht werden soll. Daraus läßt sich aber nicht folgern, daß der Eigenthümer die Unterhaltungskosten für die Vergangenheit zu tragen habe. Daß dies nicht angehe, ergiebt sich schon daraus, daß es zu weit führen würde, weil danach dem Beklagten eben so gut ein Forderungsrecht auf Erstattung der Impensen, wie dem Kläger ein Forderungsrecht auf Erstattung der Früchte zugestanden werden müßte. Allein die Unrichtigkeit ergiebt sich auch schon sofort daraus, daß die Impensen gegen die gezogenen Früchte zwar aufzurechnen, dem Beklagten aber auch zur Vermeidung einer exceptio doli desselben ein Ueberschuß der Impensen gegen Herausgabe der Sache zu erstatten ist. So wenig der Beklagte sich durch die Früchte ungebührlich auf Kosten des Klägers bereichern, diese daher, soweit sie ihm sonst auch verbleiben würden, auf die Impensen abrechnen soll, so wenig soll der Kläger sich ungebührlich auf Kosten des Beklagten durch die Impensen bereichern, so daß die Erstattung der Impensen also keineswegs deshalb erfolgt, weil und sofern dem Kläger die Früchte erstattet werden. Der Kläger soll daher nach l. 48. de R. V. dasjenige, was die Impensen nach Abrechnung der Früchte mehr betragen, dem Beklagten, wenn er die Restitution seiner Sache verlangen will, erstatten. Daß auch dem malae fidei possessor die nothwendigen Impensen gegen Herausgabe der Sache ganz zu erstatten sind, hat seinen Grund wohl einfach darin, daß, wenn er sie nicht gemacht hätte, die Sache für den Eigenthümer nicht, wenigstens nicht mehr in ihrer Integrität, vorhanden gewesen wäre; daß daher der Eigenthümer sie, wenn er es nicht gethan, selbst hätte machen müssen. Wenn dagegen dem malae fidei possessor die Erstattung der nützlichen Verwendungen versagt wird, braucht dies auch nicht mit Burchardi als Inconsequenz angesehen zu werden, sondern es rechtfertigt sich das wohl ganz einfach dadurch, daß der malae fidei possessor diese lediglich zu eigenem Nutzen zu machen beabsichtigte, während er doch wußte, daß die Sache eine fremde war, daß man daher dem Eigenthümer,

welcher ihm frei stellt, die Verwendungen so weit thunlich wieder von der Sache zu trennen, während er ihm im Uebrigen jeden Ersatz verweigert, einen dolus nicht vorwerfen kann.

Kommt also bei der Erstattung der Impensen die Frage, wieweit eine Pflicht des Beklagten zur Erstattung von Früchten vorhanden sey, weiter nicht in Betracht, als daß hier nach l. 48. cit. eine Compensation eintritt, so ist es auch unrichtig, wenn Burchardi den Grund dafür, daß der vindicirende Pfandgläubiger die nothwendigen Impensen dem bonae fidei possessor nicht zu erstatten brauche, darin findet, daß dieser auf die Früchte der Vergangenheit nur einen beschränkten Anspruch hat.

Nachdem Burchardi aber so die Befreiung des Pfandgläubigers von der Erstattung der nothwendigen Impensen erklärt hatte, mußte es ihn allerdings in Verlegenheit setzen, wenn African im Falle der l. 44. §. 1. cit. dennoch ihm die Erstattung derselben auferlegt. Er giebt seine Verwunderung darüber zu erkennen, wenn African sagt, daß dies „non sine ratione dicetur.“ Er erklärt, in Versuchung zu kommen, die ratio nicht so einleuchtend zu finden, wie African geglaubt haben möge, und will sie hinterher (S. 174.) geradezu nicht gelten lassen, indem „diese Ausnahme,“ welche African mache, in der That auf keinen hinreichenden Gründen beruhe. Burchardi trägt daher auch kein Bedenken, die Entscheidung in l. 44. §. 1. für eine Singularität zu erklären. *) Es ist aber doch gewiß sehr gewagt, einem Juristen wie African gegenüber, der geradezu erklärt, daß er nicht sine ratione so entscheide, behaupten zu wollen, daß es ihm dennoch an aller ratio gefehlt habe, und es ist daher wenigstens der Versuch, die Stelle im Einklange mit dem sonst bestehenden Rechte zu erklären, unerläßlich.

*) Sintenis ist im Bd. 20. des cit. Archivs S. 475. der Burchardi'schen Ansicht uneingeschränkt beigetreten und meint im Grunde S. 580. u. S. 248. seines Pfandrechts schon dasselbe gesagt zu haben.

Zu §. 9. u. 10.

Es wird vielleicht Manchem, der sich an die bisherige Theorie gewöhnt hat, nicht einleuchten wollen, daß der, welcher zu Gegenansprüchen mittelst actio contraria berechtigt ist, die nicht in Impensen bestehen, und der, welchem durch die Sache, die er in Händen hat, ein ihm zu ersetzender Schaden zugefügt ist, nicht die Sache, wenn sie ihm abgefordert wird, solle vorenthalten dürfen, bis er wegen solcher Gegenansprüche befriedigt worden. Mancher könnte geneigt seyn, dies anzunehmen, ungeachtet sich keine Belegstellen dafür aufweisen lassen.

Man setze nun den Fall, A. sey Detentor eines Thiers oder eines Sclaven, wodurch ihm ein Schaden zugefügt worden, und er besitze sie als Pfandgläubiger oder Commodatar, so haben wir hier einen Fall, der sowohl unter die zweite als dritte s. g. Categorie gehört. Ohne Zweifel ist hier der A. befugt, gegen den Pfandschuldner oder Commodanten, B., eine Klage auf Ersatz dieses Schadens zu erheben. Wenn hier dem B. in Betreff dieses Schadens irgend eine Schuld zur Last fällt, indem er etwa den Fehler des Thiers oder Sclaven, aus welchem der Schaden hervorgegangen, kannte, und ihn dennoch dem A. hingab, so steht hier diesem die actio contraria auf vollen Ersatz zu.

l. 18. §. 3. l. 22. commodati (13. 6.)

l. 61. §. 3. de furtis (47. 2.)

Wenn dagegen zwar solcher Schaden geschehen, dem B. aber eine Schuld deshalb nicht zur Last gelegt werden kann, so hat dieser nur Anspruch darauf, daß ihm entweder vom B. deshalb Ersatz geleistet, oder der Sclav oder das Thier statt noxae deditio gelassen werde. Dem A. steht dieserhalb sowohl die actio contraria aus dem Contractsverhältnisse, als die betreffende Delictsklage als actio noxalis zu.

l. 22. commodati.

l. 61. §. 1. de furtis:

His etiam illud consequens esse ait, ut, etsi is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pignoratitia consequar, ut similiter aut damnum decidas, aut pro noxae deditione hominem relinquas.

Soll nun aber nicht A., wenn B. ihm mit der actio directa zuvorkommt, und von ihm die Herausgabe des Sclaven verlangt, hier mittelst exceptio doli ein Retentionsrecht geltend machen können? — Bleiben wir bei dem letzten Falle, wo dem Kläger eine eigene Schuld nicht zur Last fällt, stehen. Worin könnte hier der dolus des Klägers bestehen? doch nicht darin, daß er sich mit dem Schaden des Andern bereichern will; denn das könnte er ja nicht, weil noxa caput sequitur; ebensowenig aber darin, daß er die Herausgabe einer Sache fordert, die er doch zurückzugeben schuldig seyn würde, nach dem bekannten Lehrsatze: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Denn der Kläger könnte ihm hier doch mit Recht erwidern, es werde sich finden, ob er ihm den Schaden bezahlen, oder den Sclaven zur noxa geben werde; sein Entschluß stehe darüber noch gar nicht fest: er müsse erst sehen, ob und welcher Schaden geschehen sey. Die Liquidation dieses Schadens kann aber hier nicht mittelst Einrede geschehen, weil die Einrede der Compensation gegen die Klage auf Restitution einer Sache nicht stattfindet; er muß in separato geltend gemacht werden. Daher sehen wir auch in solchen Fällen des Retentionsrechts da nicht erwähnt, wo es sonst zu erwähnen so dringend nahe gelegen hätte. Wenn es z. B. in l. 53. §. 4. de furtis heißt:

Si ex donatione alterius rem meam teneas, et eam surripiam, ita demum furti te agere mecum posse, Julianus ait, si intersit tua retinere possessionem, veluti si hominem donatum noxali judicio defendisti, vel aegrum curaveris, ut adversus vindicantem justam retentionem habiturus sis.

so wird die Noxa hier nur erwähnt, sofern der Detentor gegen die desfällige Klage die Defension übernommen und Impensen gemacht hat, nicht aber sofern er wegen eines ihm wider-

fahrenen Schadens den Sclaven ex noxali causa zurückhalten könnte. Es fühlt sich aber heraus, daß der Jurist dieses Falles hier mit erwähnt haben würde, wenn eine Retention hier in den Rechten begründet wäre. Und warum wird in l. 22. und l. 61. §. 1. cit. nur der Klage und keines Retentionsrechts gedacht, da hier doch der Kläger zugleich der Detentor der beschädigenden Sache ist? Ja, in l. 61. §. 1. ist nur gesagt, der Detentor erlange hier mit seiner Klage, daß der Andere ihm den Schaden bezahle, oder ihm den Sclaven statt noxae deditio lasse; während es doch so nahe gelegen hätte, hier zu erwähnen, daß der Detentor auch den Sclaven bis zum Ersatze des Schadens, falls der Andere nicht die noxae deditio vorziehe, zurückhalten könne.

Fassen wir aber den andern Fall, wo der, welcher die Sache hingegeben hat, in dolo war, ins Auge, so wird auch hier in den angeführten Stellen nur von einer Klage, nicht aber von einer exceptio doli gesprochen. Freilich war es unrecht, daß der Commodans oder Verpfänder den Sclaven mit dem Bewußtseyn hingab, daß dieser sehr zum Diebstahle geneigt sey, oder daß er die Fässer hingab, während er wußte, daß sie innerlich verdorben oder leck seyen: und er unterwarf sich damit der vollen Verantwortlichkeit für den so entstehenden Schaden; allein verpfändet war damit doch die Sache für den Schaden nicht, und das bloße Zurückbehalten derselben, während der Detentor weder etwas Eigenes daran zu haben behauptet, noch sie sich als Schadensersatz aneignen darf, hat keinen Sinn. Der dolus incidens des Commodanten oder Verpfänders kann aber dessen Klagrecht nicht vernichten, und eine exceptio doli gegen solche Klage würde diese, wenn sie hier stattfände, nur elidiren und zu ihrer Abweisung führen können. Wenn es nun aber im unmittelbaren Anschlusse an den Fall der l. 18. §. 3. cit. in §. 4. weiter heißt:

> Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis &c.

so darf man doch auch hier wohl fragen, warum der Jurist hier nur der Compensation (s. oben S. 57. 58.), nicht auch des Retentionsrechts erwähne, da ja auch dadurch im Sinne der bisherigen Theorie der Anspruch salvirt werden könnte.

Brinz, Lehrbuch der Pandecten I. S. 245. ist nach l. 11. de noxal. act. (9. 4.):

> Bona fide servi possessor, ejus nomine furti actione tenebitur: dominus non tenetur: sed noxae dedendo non facit quidem actoris. Cum autem coeperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur, vel officio judicis consequetur, ut indemnis maneat.

der Meinung, daß sich in dem hier erwähnten Falle ein Retentionsrecht finden lasse, und daß dasselbe nach dieser Stelle selbst schon officio judicis Berücksichtigung finden müsse, während die ausdrückliche exceptio doli in der Formel nur dazu führen solle, um allenfalls auch die Störrigkeit des Klägers zu brechen, d. i. den Beklagten absolviren zu können, wofern Kläger die richterliche Vermittelung ausschlage — si perseveret actor petere rem suam, non redditis sumtibus, l. 27. §. 5. de R. V. (6 1.).

Brinz hebt dies Alles freilich mit Beziehung auf den Fall hervor, daß Kläger die Sache begehren sollte, ohne des Beklagten Impensen vergüten zu wollen. Allein von solchen Impensen spricht l. 11. cit. wenigstens nicht, sondern eben von Schaden, der dem Beklagten durch den vindicirten Sclaven zugefügt ist. Ehe wir nun weiter untersuchen, ob sich in dieser Stelle ein Retentionsrecht wegen solchen Schadens finden lasse, möge die Bemerkung vorangehen, daß sich im Vindicationsprocesse ein Retentionsrecht wegen Impensen nie officio judicis erlangen ließ, sondern immer nur vermöge der in der Formel enthaltenen exceptio doli.

Bekanntlich bewegte sich im Ordinarprocesse das Vindicationsverfahren Anfangs in Nachbildung der legis actio sacramenti in der Form einer stricti juris actio (judicium), welche

auf eine sponsio praejudicialis gegründet war, und hiernach fand nur Verurtheilung des Beklagten oder Abweisung des Klägers statt. Hatte nun der Kläger mit seiner sponsio vor dem judex obgesiegt, und war somit sein Eigenthum anerkannt, so mußte jetzt erst ein zweites getrenntes Verfahren, ein arbitrium litis aestimandae, nachfolgen, um den Streitgegenstand zu schätzen und so die Execution vorzubereiten.

Keller, Röm. Civilproceß §. 27.

Im letztern Abschnitte konnte aber auch eben nur die Werthermittelung des zu Leistenden geschehen; eigentliche Exceptionen konnten höchstens beim Sponsionsverfahren und nur in beschränkter Maße vorkommen.

eod. S. 113.

Nachdem nun durch Einführung der petitoria formula der Weg gefunden war, um judicium und arbitrium in einem Verfahren mit einander zu verbinden, blieb die intentio, wenn sie auch einen andern Inhalt annahm, doch eine certa.

Keller S. 117. 170.

Wurde diese vom judex begründet befunden, so mußte der Beklagte nach wie vor, wenn er dem arbitrium litis aestimandae und der Condemnation entgehen wollte, dem arbitratus des judex gemäß das ganze Streitobject restituiren. Einreden, mochten sie auf dem Rechte oder der Billigkeit (aequitas) beruhen, konnten nur Gehör finden, wenn sie ausdrücklich in der Formel vorgesehen waren, sonst mußte diese, wenn der Beklagte dem arbitratus de restituendo nicht Folge leistete und der judex zum Arbitrium und zur Condemnation schritt, unberücksichtigt bleiben. Denn der in der Formel enthaltene arbitratus de restituendo enthielt die Befugniß des judex, dergleichen Einreden zu berücksichtigen, nicht: er sprach nur aus, daß der Richter, wenn er die intentio begründet finde, zunächst auf Restitution des Streitgegenstandes selbst erkennen solle. War daher für den Schutz eines entgegenstehenden Rechts des Beklagten, z. B. Pfandrecht, Nießbrauch, nicht ausdrücklich durch

eine in die Formel gebrachte exceptio gesorgt, so konnte es beim judex keine Anerkennung finden;

Keller a. a. O. §. 34. 35. (S. 144.)

er konnte von der Instruction zu arbitriren quanti es res erit, also den Streitgegenstand, und darin zu condemniren, nicht abgehen. Noch weniger konnte dies aus bloßen Gründen der aequitas geschehen. Daher wird denn auch in l. 48. de R. V. bestimmt gesagt: exceptione doli posita (sumtus) per officium judicis aequitatis ratione servantur, also nicht ohne Weiteres officio judicis, sondern nur auf Grund der ausdrücklichen exceptio doli.

Die von Brinz hiergegen angeführte l. 27. §. 5. de R. V. sagt denn auch weiter nichts, als, daß es darauf ankam, ob der Kläger schon in jure die Impensen des Beklagten anerkennen und sich zu deren Erstattung bereit erklären wollte, widrigenfalls es schon dieserwegen zum judicium kommen mußte, um die Rechte des Beklagten in dieser Beziehung zur Entscheidung zu bringen. Keineswegs ist in dieser Stelle, wie Brinz annimmt, von einem Ausschlagen der richterlichen Vermittelung (des judex) und einer Befugniß des Richters, den Beklagten wegen seiner Störrigkeit zu absolviren, die Rede.

Ebensowenig läßt sich nun aber behaupten, daß nach

l. 11. de noxal. act. (9. 4.)

der judex im Vindicationsprocesse, auch ohne daß die Formel die exceptio doli gehabt hätte, befugt gewesen wäre, schon ex officio auf die Vergütung des Schadens Rücksicht zu nehmen, der vom vindicirten Sclaven angerichtet worden. Ja es läßt sich auch ein Retentionsrecht wegen solchen Schadens, selbst bei vorhandener exceptio doli nicht beweisen.

Die l. 11. cit. spricht von dem Schaden, welchen der Beklagte durch das furtum des Sclaven erlitten hat. Zu dessen Ersatze war ihm der Sclave (noxae) vom bon. fid. possessor hingegeben worden, und es war die Frage, ob der Eigenthümer des Sclaven diese noxae deditio nicht anzuerkennen hatte, und denselben vom Beklagten zu vindiciren befugt war. Hier heißt

es dann, der Eigenthümer werde auf Grund der desfälligen doli exceptio abgewiesen, oder der Beklagte erlange doch officio judicis, daß er (wenigstens) schadlos gestellt werde.

Was hier zunächst die Bedeutung der exceptio doli betrifft, so beruht diese darauf, daß der Kläger, trotz der erfolgten noxae deditio, Eigenthümer des Sclaven geblieben war. Zwar war der bonae fidei possessor, durch den die Hingabe zur noxa geschehen, zu dieser verbunden gewesen, und der Beklagte hatte dadurch den Usucapionsbesitz erlangt; ja, er konnte sogar, wenn er diesen Besitz verlor, gegen den besitzenden dominus selbst mit der actio Publiciana auftreten, und dessen Einrede des Eigenthums, wenn derselbe dabei den Ersatz des Schadens verweigerte, die replica doli entgegensetzen;

l. 27. §. 1. l. 28. de noxal. act.

allein wenn der Eigenthümer klagend auftrat und die Formel nicht die exceptio enthielt, so mußte der judex, sobald dies Eigenthum erwiesen war, den Beklagten zur Herausgabe anhalten, und im Falle des Ungehorsams condemniren, ohne daß ihm, ungeachtet er durch die von Seiten des bisherigen bonae fidei possessor erfolgte noxae deditio bereits eben erwähnte Rechte erlangt hatte, für seinen Schaden dabei Ersatz wurde. War aber die exceptio doli in die Formel aufgenommen, so durfte der Beklagte seinen Schaden vor dem judex geltend machen; denn es war dolus, wenn der Kläger die Herausgabe des Sclaven verlangte, ohne dem Beklagten den Schaden, wofür ihm derselbe haftete und wofür er ihm bereits vom b. f. possessor zur Noxa gegeben war, erstatten, und so diese noxae deditio wieder vereiteln zu wollen.

l 27. §. 1. l. 28. cit.

Lag dieser Schaden erwiesen vor, so mußte der judex den Kläger, der dessen Erstattung verweigerte, abweisen. Diese Einrede und die auf Grund derselben erfolgte Abweisung hatte aber um so weniger die Bedeutung der Geltendmachung eines Retentionsrechts, als der Kläger durch Abweisung der Klage

implicite schuldig erkannt wurde, dem Beklagten den Sclaven statt Schadensersatzes zu lassen.

Wenn Brinz nun aber auch daraus, daß es in der l. 11. ferner vom Beklagten heißt:

. . . vel officio judicis consequetur, ut indemnis maneat.

herleiten will, daß es wegen des Gegenanspruchs des Beklagten einer exceptio doli in der Formel gar nicht bedurft habe, so ist auch dies wohl nicht richtig. — Wenn nämlich der Eigenthümer oder Besitzer eines Sclaven mit der Noxalklage belangt und verurtheilt wurde, so geschah letzteres der Formel nach dahin, daß Beklagter den Schaden zu ersetzen oder den Sclaven zur noxa zu geben habe.

l. 42. pr. de furtis. §. 1. I. de off. jud. (4. 17.) *)
vgl. l. 1. pr. l. 5. §. 6. de his qui effuderint (9. 3.)
Sintenis, Civilrecht Bd. 2. S. 793.

Der Kläger hatte dann beim fernern Ungehorsam des Beklagten auf Execution in Betreff der Geldsumme anzutragen, und es stand diesem dann noch frei, sich durch Hingabe des Sclaven zu liberiren.

Vangerow, Leitfaden §. 689. unter 2.

Wenn nun aber wegen des vom Sclaven angerichteten Schadens nicht geklagt, sondern vom Besitzer desselben gegen die erhobene rei vindicatio die exceptio doli beantragt wurde. so lag es dann dem Obigen nach im officium judicis, daß er sich obigen Rechtsgrundsätzen anschloß und seinen arbitratus etwa in dem Sinne formulirte, daß Kläger Eigenthümer des Sclaven sey, und Beklagter ihm denselben herauszugeben habe, falls er diesem binnen bestimmter Frist den Schaden ersetze, bei Verweigerung dieses Ersatzes aber mit der Klage abzuweisen sey. Hier war es also nicht der Zweck, dem Be-

*) Hier findet sich offenbar die alte Formel der condemnatio, nur daß diese jetzt, nach Aufhören des Ordinarprocesses, dahin geändert war, wie der Richter jetzt selbst, ohne Instruction, zu erkennen hatte.

klagten ein Retentionsrecht zuzuerkennen, sondern dem Kläger in Folge der exceptio nicht mehr Nachtheil zuzufügen, als ihn getroffen hätte, wenn er als Besitzer des Sclaven mit der actio Publiciana belangt wäre. Das Recht des Beklagten sollte also nicht in dem Umfange Folge haben, daß der Kläger sofort abgewiesen wurde, sondern dem Kläger sollte es vorerst noch freigestellt bleiben, diese Abweisung zu vermeiden und sich durch Zahlung der Entschädigung das Eigenthum des Sclaven zu bewahren. Indem also der judex dahin sein officium ausübte, war es nur eine Folge davon, daß der Beklagte wenigstens Schadensersatz erlangte.

Wenn der Kläger hier nun wegen Ungehorsams mit der Klage auf Grund der exceptio doli abgewiesen werden konnte, so geschah das aus Gründen, aus denen sich ein Retentionsrecht jedes Detentors wegen Schadens, der ihm durch die detinirte Sache zugefügt worden, garnicht herleiten läßt.

Aber auch auf die Wirksamkeit der exceptio doli wegen Impensen läßt sich aus der l. 11. cit. nichts schließen, namentlich nicht, wie Brinz will, daraus herleiten, daß der judex vermöge derselben den Kläger wegen seiner Störrigkeit habe abweisen dürfen. Für die Impensen stand ja dem bloßen Besitzer der Sache ein Recht gegen den Eigenthümer derselben nicht zu, und wenn er aus Billigkeitsgründen nur verlangen durfte, daß ihm das, was er von dem Seinigen factisch noch in Händen hatte, nicht entzogen werde, so geschah dem vollständig dadurch Genüge, daß dem Kläger, so lange er dem arbitrium in Betreff des Ersatzes der Impensen nicht Folge leistete, die Herausgabe der Sache vorenthalten werden durfte und eine Condemnation des Beklagten so lange nicht stattfand. Die Frage (s. S. 18. not.), ob der Beklagte nicht Mittel gehabt habe, diesem Zustande dem Kläger gegenüber, welcher dem arbitratus de restituendo nicht Folge leistete, ein Ende zu machen, läßt sich also jedenfalls nicht nach Analogie der l. 11. beantworten. Nach älterm Rechte war hier aber dem Beklagten schon dadurch so ziemlich geholfen, daß durch die

Litiscontestation die Klage ein für allemal consumirt war, und jeder neuen Erhebung derselben eine desfällige Einrede entgegenstand,

Puchta, Cursus §. 172.

Keller, der röm. Civilproceß §. 60.

und daß seit dem Beginne des Processes bis zur Condemnatio nur eine kurze Frist gestattet war, nach deren Ablauf der Proceß erlosch.

Puchta a. a. O. §. 159. Keller §. 45.

Nachdem diese Consumtion der Klage und die kurze Proceßverjährung aber weggefallen sind, scheint für den Beklagten, abgesehen von der neuern Proceßverjährung, doch kein Mittel übrig geblieben zu seyn, aus solchem provisorischen Zustande herauszukommen.

Verbesserungen.

S. 12. Z. 17. ist hinter „dem Civilerben“ das Wort „gegenüber“ hinzuzufügen.
„ 14. „ 5. l. statt ex comni: ex omni.
„ 19. „ 14. v. u. ist statt ; ein , zu setzen.
„ 48. „ 5. l. statt seinem: seinen.
„ 98. „ 4. statt Sintenus l. Sintenis.
„ „ „ 17. „ Aufsprüchen l. Aussprüchen.
„ 99. „ 15. „ gestellten l. gestalteten.
„ 110. not. **) „ l. 11. §. 2. 3. l. l. 12. §. 2. 3.
„ „ Z. 5. v. u. statt ebenfalls l. sogar.

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

Law
Rom.
S267
.Yr

Ruhstrat, E.
Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung